

LE CONCOURS : MODE DE RECRUTEMENT
DES FONCTIONS PUBLIQUES

ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE
DU CONSEIL D'ÉTAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 18 mai 1936, à 14 h.

PAR

Raymond ANTY

Président : M. A. MESTRE, Professeur

<i>Suffragants</i>	{	MM. ROLLAND, LAFERRIÈRE.	}	<i>Professeurs</i>
--------------------	---	-----------------------------	---	--------------------

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY.

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V°)

1936





Digitized by the Internet Archive
in 2026



**LE CONCOURS : MODE DE RECRUTEMENT
DES FONCTIONS PUBLIQUES**

**ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE
DU CONSEIL D'ÉTAT**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

LE CONCOURS : MODE DE RECRUTEMENT
DES FONCTIONS PUBLIQUES

ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE
DU CONSEIL D'ÉTAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 18 mai 1936, à 14 h.

PAR

Raymond ANTY

Président : M. A. MESTRE, Professeur

Suffragants { MM. ROLLAND,
LAFERRIÈRE. } *Professeurs*

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1936



INTRODUCTION

LE SERVICE PUBLIC

§ 1. *Le développement des services publics.*

Notre époque se caractérise par le développement des services publics : à l'Etat-Gendarme s'est substitué l'Etat-Providence. Des services nombreux et importants ont été créés depuis l'époque où, il y a un siècle à peine, les auteurs de droit administratif passaient sous silence la notion de service public.

Aux services de Justice et de Police, qui de tous temps ont été les prérogatives de l'Etat, se sont ajoutés des services économiques et sociaux : assistance, prévoyance, protection des travailleurs, hygiène, travaux publics, transports. Tels sont les plus importants qui, eux-mêmes, comprennent un grand nombre de subdivisions.

Cette évolution du rôle de l'Etat est le résultat de l'action de trois facteurs : politique, économique et technique.

a. *Au point de vue politique*, trois faits ont concouru à l'élargissement du rôle de l'Etat.

Tout d'abord, il convient de constater l'influence du

principe démocratique. Depuis 1848 le suffrage universel est une des assises de notre vie politique ; qu'il s'agisse du Parlement, qu'on envisage le corps électoral, les débats publics, on constate qu'il y a tendance à satisfaire l'électeur, le public. Celui-ci en dehors du droit de vote, exerce une action certaine sur la politique de la nation, en utilisant les libertés qui lui ont été reconnues et qui ne cessent de se développer : droits de réunion publique, de la presse et enfin d'association.

Malgré certaines tendances individualistes, que l'on vit apparaître après la guerre, il y eut, de 1914 à 1918, une coïncidence presque complète entre la notion de service public avec la vie nationale. Les partisans de la subordination de toutes les énergies au contrôle de l'Etat, et à l'ingérence de ce dernier dans tous les domaines, l'emportèrent sur les partisans de l'individualisme.

Ce trait ne fut d'ailleurs pas spécifiquement français, mais il nous fut commun avec plusieurs autres grandes nations, dans lesquelles il prit un immense développement. Tel est le cas de l'Italie fasciste, de l'U.R.S.S., de l'Allemagne, et plus récemment, des Etats-Unis.

Enfin il est incontestable que, soit directement, soit d'une façon diffuse, le socialisme a exercé une influence. Il y a la croyance générale que la coordination rationnelle des éléments sociaux est préférable aux initiatives individuelles.

b. *Facteur économique.* — L'aspect financier est très important. Le service public n'a pas un but lucratif, il est concevable qu'il fonctionne à perte ; et même, pour certains, le déficit des services publics doit être la règle et avoir pour objet de réparer dans la mesure du possible les inégalités de la répartition. Les exemples sont nom-

breux : les chemins de fer, l'enseignement entre autres.

Mais si le service public n'a pas un but lucratif il est évident que quelqu'un doit payer : c'est le contribuable. D'où il suit qu'il y a corrélation nécessaire entre prospérité et déficit : dans les périodes prospères les services publics s'étendent ; dans les moments de crise financière il est indispensable de limiter les dépenses de matériel et de personnel. Mais, si impérieux que soient les besoins de compression, il est très difficile de les réaliser. L'expérience avortée de la réforme des tribunaux de 1926 et l'expérience présente en sont des exemples frappants. A part la séparation des Eglises et de l'Etat de 1905 il n'y a guère dans notre droit d'exemples de suppression de service public. L'extension est au contraire la règle.

c. *Facteur technique.* — Une économie nationale, due aux découvertes modernes, s'est substituée à l'économie individuelle. Les différents modes de communication, d'éclairage (production et transport) par exemple supposent un aménagement collectif auquel l'Etat ne peut rester étranger.

Ainsi, depuis un siècle et particulièrement depuis la guerre, une extension certaine de la notion de service public s'est produite. Cette évolution s'est traduite par une augmentation du nombre des ministères et de leur importance, et des services annexes ; elle a également affecté les collectivités publiques secondaires : département, commune et colonie. Celles-ci ont également vu le nombre de leurs fonctionnaires augmenter considérablement.

§ 2. *Le rôle de l'administration.*

L'ensemble de ces services constitue ce que l'on est convenu d'appeler l'administration. Celle-ci est une nécessité qui a été reconnue dans tous les temps. Les premiers embryons apparaissent sous la Monarchie. Après les expériences malheureuses de décentralisation à outrance tentées pendant la Révolution, Napoléon dota la France d'une forte administration dont les principes ont été maintenus par les différents régimes qui se sont succédé jusqu'à nous.

Mais le besoin d'une administration puissante et active se fait surtout sentir dans un régime démocratique.

L'économie d'une nation exige, en effet, un pouvoir stable. Or, quelque soit son mode d'élection, le Parlement, qui a pour rôle de diriger la vie de la nation, ne peut être une assemblée d'hommes connaissant tout, s'élevant au-dessus de toutes les contingences, oubliant tout intérêt, pour régler, jour par jour la vie de la nation. Le Parlement est une assemblée d'avocats, de médecins, de professeurs, d'industriels et d'ouvriers, capables de contrôler la gestion des services publics, et qui peuvent ainsi nous rendre de grands services, mais qui ne peuvent pas administrer ces services.

Il en est de même en ce qui concerne les ministres, placés à la tête des différentes branches de l'administration. Un ministre ne peut être l'administrateur suprême, ni le directeur effectif du service public. Les ministres qui représentent le Parlement ne peuvent avoir d'autres attributions que lui : ils sont propres à contrôler les services publics et non à les gérer. La beso-

gne de gestion et d'administration ne peut être faite dans de bonnes conditions que par des fonctionnaires permanents, indépendants des fluctuations de la politique.

Ainsi il résulte de ces considérations que pour la bonne gestion des services publics un fonctionnaire d'intelligence moyenne qui dure est plus utile que le ministre le plus éclatant qui passe comme un météore. L'administration est donc la véritable ossature de notre nation, non seulement par le nombre de ses agents, mais surtout par la mission qu'elle a à remplir.

§ 3. *Recrutement de l'administration.*

Il apparaît donc que le fonctionnaire ne doit pas être le serviteur de tel ou tel ministre, ni le propriétaire de sa fonction ; il est le délégué de la société dans les services nécessaires à son existence. C'est l'intérêt de la nation qu'il faut envisager tout d'abord, ainsi s'exprimait M. Deschanel. Autrement dit, un bon fonctionnaire doit être un homme compétent, dévoué au service public et honnête.

Il importe donc de les choisir, d'une façon judicieuse, et cette nécessité s'impose d'autant plus à l'heure actuelle que les garanties de carrière qui ont été accordées à la plupart d'entre eux, et la force des syndicats qui ont été tolérés, en fait, les rendent extrêmement puissants.

Il existe plusieurs procédés de recrutement des fonctionnaires. Le choix, entre ces divers modes, dépend de l'objet essentiel de la fonction.

Sous l'Ancien Régime, la plupart des fonctionnaires de l'ordre judiciaire achetaient leur charge ; c'était le

régime de la vénalité des offices et de la patrimonialité des charges. Ce système offrait l'avantage de procurer des ressources au trésor royal et, de plus, il assurait l'indépendance des magistrats, en même temps qu'une certaine compétence, puisque les charges restaient très souvent dans la même famille.

Les autres fonctionnaires étaient nommés par le pouvoir royal.

Mais de nos jours, avec le développement des idées démocratiques, les procédés de recrutement se sont perfectionnés. Il est apparu notamment qu'il était injuste de réserver des fonctions à certaines classes et on a voulu instituer un recrutement aussi large que possible.

A ce point de vue l'élection serait le meilleur procédé puisqu'il permettrait au suffrage universel de choisir lui-même ses délégués aux fonctions publiques. Malheureusement le choix des électeurs ne se porte pas toujours sur les individus les plus qualifiés au point de vue compétence. L'élection des fonctionnaires, et plus particulièrement celle des magistrats sous la Révolution, fut désastreuse.

C'est ainsi que l'on est amené à distinguer les fonctionnaires d'ordre politique et ceux d'ordre purement technique.

Pour les premiers il importe de faire une sous-distinction : les uns sont chargés de faire connaître l'avis du pays sur la politique générale à suivre, les autres sont au contraire les agents du pouvoir central, chargés de faire respecter sa volonté.

Pour les premiers, on conçoit un système d'élection aussi large que possible.

Pour les seconds, au contraire, dont le type est le préfet,

s'il faut un choix, ce choix doit appartenir au gouvernement d'une façon absolue. Aucune limite ne doit restreindre sa liberté de nomination.

Pour les fonctions d'ordre politique le choix doit donc être absolument discrétionnaire, soit de la part des gouvernés, soit de celle des gouvernants.

Pour les fonctions d'ordre technique les procédés de recrutement doivent être plus complexes ; il faut tenir compte, en effet, de trois conditions : des qualités personnelles et notamment, de la compétence technique des agents, ensuite de l'égalité de tous à être investis et enfin de la participation de la masse aux affaires publiques.

Les pays qui ont exagéré l'un ou l'autre de ces éléments ont obtenu de très mauvais résultats. Ainsi les Etats-Unis ont vécu très longtemps sur l'idée que tout pouvoir vient du peuple et ils appliquaient cette idée au recrutement des fonctionnaires. Chaque fois que la présidence changeait de parti, à la suite des élections, la plupart des fonctionnaires étaient remplacés par les partisans politiques du nouveau président au pouvoir. Jackson, pour définir le système, employait la célèbre formule : « Chacun son tour ». Ce régime donna lieu à de graves abus.

Il importe donc, tant au point de vue compétence technique, que de la responsabilité de la bonne administration, d'écarter les modes de recrutement qui font dépendre les fonctionnaires des variations de la politique.

Ainsi l'élection doit être écartée, il reste donc seulement deux modes de recrutement : la vénalité des charges et la nomination. La vénalité des charges ne peut être envisagée aujourd'hui comme mode de recrutement des

fonctionnaires, elle est contraire à nos idées démocratiques.

Il reste donc la nomination. Elle offre trois avantages : par l'unité de choix elle assure la cohésion du personnel, de plus elle dote l'administration d'agents disciplinés et de bonne capacité technique. Enfin elle fixe sur une tête la responsabilité des nominations et peut, par là, inspirer des scrupules.

Mais, en contre partie, elle peut présenter certains inconvénients. Notamment, au point de vue du recrutement, ce procédé peut développer le favoritisme. Les nominations peuvent être faites par affections politiques, religieuses, ou toute autre raison étrangère à la bonne marche des services. D'autre part, il y a une absence certaine de contact entre le chef de service et l'opinion publique.

C'est pour parer à ces inconvénients que certains procédés sont employés qui tout en conservant les avantages de la nomination ont limité, pour éviter les abus, le pouvoir discrétionnaire du chef de service.

CHAPITRE PREMIER

LE CONCOURS

§ 1. *Sa place dans les modes de recrutement des fonctionnaires.*

Dans un régime démocratique tous les citoyens sont également dignes de remplir les fonctions publiques. La seule différence qui puisse exister entre eux est celle résultant de leurs aptitudes.

C'est ainsi que l'article 6 de la Déclaration des droits prescrivait : « Tous les citoyens étant égaux sont également admissibles à toutes les dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leur vertu et de leurs talents ».

L'article 10 de la Constitution de 1848 rappelait cette idée : « Tous les citoyens sont également admissibles à tous les emplois publics, sans autre motif de préférence que leur mérite et suivant les conditions qui seront fixées par les lois ».

Ce principe n'a pas besoin d'être répété ; il est à la base de l'organisation politique et administrative de la France moderne.

Il peut se décomposer en deux idées : d'une part tout citoyen peut postuler un emploi public, mais d'autre part, il existe un correctif, les candidats doivent être aptes aux fonctions qu'ils seront appelés à remplir.

C'est ainsi que, pour éviter des choix malheureux, et écarter tout acte de favoritisme, les pouvoirs publics ont peu à peu limité le pouvoir discrétionnaire de nomination, et, à défaut de règles générales sur le recrutement des fonctionnaires, qui n'existent pas encore dans la législation française, ont édicté dans la plupart des cas certaines dispositions qui ont pour but de s'assurer des garanties de capacité des candidats aux fonctions publiques.

Ces règles ne concernent que les fonctionnaires dont les fonctions sont purement techniques.

Une première garantie oblige l'autorité qui a le pouvoir de nomination à faire son choix parmi les candidats qui possèdent certains diplômes de capacité technique. C'est le cas, par exemple, pour la nomination des archivistes départementaux.

Pour d'autres catégories de fonctionnaires, peuvent seuls être nommés les candidats qui ont exercé pendant un temps donné certaines fonctions. Ainsi peuvent être nommés maître des requêtes au Conseil d'Etat d'anciens fonctionnaires qui ont accompli dix ans de services civils et qui sont parvenus dans leur ancienne fonction à un certain degré de la hiérarchie. Malgré ces obligations le recrutement est encore assez large.

Mais des limitations de plus en plus strictes ont été apportées au pouvoir de nomination.

C'est ainsi que certaines fonctions ne peuvent être attribuées qu'après présentation par une commission de classement.

Pour d'autres il faut une présentation par un corps de fonctionnaires professionnels. C'est le cas pour les professeurs de facultés et pour les auditeurs de première classe au Conseil d'Etat.

Enfin il y a les présentations par un jury de concours. Le concours consiste dans une série d'épreuves aboutissant au classement des candidats par ordre de mérite (23 juillet 1922, d^{lle}, Froment, p. 554).

L'autorité qui a le pouvoir de nomination, ne peut sous peine de voir sa décision annulée, procéder, pour les postes mis au concours, à d'autres nominations que celles des candidats présentés par le jury et dans l'ordre de nomination.

Ainsi pour les fonctions purement techniques le concours apparaît comme le mode de recrutement le plus parfait puisqu'il réunit les avantages de la nomination et en écarte les inconvénients, notamment le favoritisme.

Il correspond au développement des idées démocratiques et à la notion d'égalité, et de plus, il barre la route des bureaux à l'emprise de la politique où cet esprit n'a que faire. Enfin il assure un bon recrutement technique des fonctionnaires.

C'est ainsi que les concours ont pris une importance de plus en plus grande dans le recrutement des fonctionnaires en France.

Leur introduction véritable dans nos institutions date de la III^e République.

Certains concours, il est vrai, existaient avant 1871 mais il ne s'agissait que de cas exceptionnels et non d'un mode de recrutement normal des fonctionnaires.

Sous l'ancien régime la règle était la patrimonialité

des charges. Le pouvoir royal pour s'assurer de la capacité des juges, avait seulement imposé par les ordonnances de Blois de mars 1498 et d'Orléans de 1561, aux futurs conseillers au Parlement un examen professionnel. Un concours cependant fut institué par des lettres patentes de mai 1766 pour les places de docteurs agrégés de la faculté des arts de l'Université de Paris.

Certains cahiers de 1789 demandèrent qu'on substituât à ces examens de capacité, souvent peu sérieux, un véritable concours (Cahier du Tiers Etat du Baillage d'Armont en Franche-Comté). Mais la Révolution dominée par le dogme de la souveraineté populaire a imposé l'élection. Bonaparte créa Polytechnique et le recrutement en fut assuré par la voie du concours (Loi du 25 frimaire an 8). L'Empire eut recours au concours pour l'enseignement (médecine, lettres, droit). Ce procédé de nomination trouva la charte qui lui octroya définitivement droit de cité dans nos institutions modernes par le décret du 17 mars 1808.

La Restauration conserva ces principes : l'entrée à l'Ecole militaire se fait par concours. On demande également ce mode de recrutement pour avoir une magistrature éclairée et indépendante. Le Parlement est sollicité de voter une loi qui établisse le concours à l'entrée des fonctions publiques.

En 1848 les idées de liberté et d'égalité valent au concours un nouveau progrès. La loi du 3 mars 1849 décide que les auditeurs au Conseil d'Etat seront nommés au concours.

Mais le second Empire hésite à étendre le domaine du concours. Les régimes autoritaires préfèrent apprécier directement les capacités de leurs futurs fonctionnaires, plutôt que d'abandonner ce soin à des jurys.

C'est ainsi que le décret du 9 mars 1852 abolit le concours pour les Facultés de droit.

1870 laisse le pays désorganisé ; il faut grouper les capacités autour de l'œuvre de relèvement ; et ensuite il est naturel qu'avec le développement des idées démocratiques ce mode de recrutement n'aille qu'en s'élargissant.

Actuellement le concours est devenu le mode normal du recrutement des fonctionnaires, des fonctions du premier échelon de l'administration jusqu'aux plus hautes.

Ainsi pour le pouvoir judiciaire : les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes sont nommés en grande partie par la voie du concours.

Il en est de même pour les fonctions militaires : les Ecoles de Polytechnique, Saint-Cyr, Saint-Maixent sont recrutées au concours, pour l'enseignement, pour les services diplomatiques, et en général pour le recrutement des fonctionnaires des ministères (rédacteurs, inspecteurs). Cette énumération n'est fournie qu'à titre d'exemple.

Enfin ce mode de recrutement a été également adopté par les collectivités locales secondaires et par les colonies.

Mais le concours est limité au recrutement des fonctionnaires pour les premiers postes de la hiérarchie. Ensuite l'avancement a lieu suivant les mérites dont les fonctionnaires ont fait preuve dans leurs débuts.

§ 2. *Valeur du concours.*

Ce mode de recrutement inspiré par le souci d'égalité n'a pas été sans soulever certaines critiques.

On lui a reproché tout d'abord de favoriser l'éclosion

d'une oligarchie de fonctionnaires échappant au contrôle de la nation. Une fois nommés en effet les agents publics bénéficient de plus en plus de règles extrêmement protectrices, instituées dans le but d'éviter l'arbitraire et d'assurer, sauf motifs très graves, une certaine stabilité des emplois. Les fonctionnaires nommés au concours échapperaient ainsi au contrôle de la nation.

Il est certain que deux écueils doivent être évités : d'une part, l'administration dont la mission doit se développer avec continuité ne doit pas être subordonnée étroitement aux changements politiques, toujours fréquents dans un régime démocratique. Mais, d'autre part, il serait aussi mauvais que les fonctionnaires soient en opposition avec la volonté de la nation.

De plus, on a également reproché à ce mode de désignation de ne pas assurer un parfait recrutement des services publics. Les qualités que l'on demande à un fonctionnaire seraient essentiellement différentes de celles dont il doit faire preuve lorsqu'il se présente aux épreuves.

Ces critiques n'atteignent en rien le principe même du concours ; la question essentielle est de savoir l'organiser de façon à remplir le but poursuivi, qui est d'assurer le meilleur fonctionnement des services publics.

La valeur des concours dépend de l'organisation des épreuves et de leurs effets juridiques.

A. Organisation des épreuves.

Elles peuvent être étudiées sous deux aspects : tout d'abord les programmes, ensuite la composition du jury.

a. *Les programmes.* — Ceux-ci peuvent être conçus de deux manières différentes.

On peut exiger des candidats soit une capacité professionnelle déjà assez formée, soit une simple culture générale.

La nature des fonctions mises au concours devrait seule inspirer la confection de ces programmes. Ainsi il existe des postes pour lesquels le titulaire doit immédiatement faire preuve d'une très grande capacité professionnelle. Par exemple, il en est ainsi pour l'enseignement. Les programmes doivent être ici très techniques et très étendus.

Mais ces cas sont rares. Pour la majorité des fonctions les agents ne devront pas faire preuve au début de leur carrière de connaissances très vastes. Une bonne culture générale serait suffisante. Ce n'est que peu à peu à mesure qu'ils gravissent les échelons de la hiérarchie, que des connaissances plus étendues leur seront nécessaires. Mais ils les apprennent au cours de leur carrière.

Néanmoins ce point de vue n'a pas prévalu en France. Les programmes ne différencient pas les deux catégories de fonctions que nous avons dégagées, et l'on exige des candidats, le plus fréquemment, des connaissances techniques très poussées. Certains pays au contraire n'exigent au concours que la preuve d'une culture générale suffisante : par exemple l'Angleterre.

Cette solution semble préférable pour l'exercice des fonctions qui n'exigent pas immédiatement des connaissances extrêmement vastes.

Spécialiser trop rapidement les candidats nuit en effet au développement de leur culture générale. Une spécialisation très poussée ne devrait commencer qu'à l'entrée de la carrière. D'autre part, il semble excessif d'embarrasser les candidats de tout un bagage qui leur sera inutile, du

moins dans les premiers échelons de la hiérarchie, et peut être toujours s'ils n'arrivent pas jusqu'aux postes les plus élevés.

Il semblerait donc utile, dans la majorité des cas, de réduire au strict minimum les connaissances techniques exigées des candidats, et de donner une part plus grande à la culture générale qui est indispensable à tous les degrés de l'administration.

b. *Le jury.* — La valeur du concours dépend aussi, dans une large mesure, de la façon dont sont jugées les épreuves. Le jury doit être capable de discerner les qualités des candidats aussi exactement que possible. Le rôle de juge de concours exige de grands dons psychologiques. Les examinateurs doivent notamment faire preuve d'esprit critique et de tolérance.

C'est ainsi que plusieurs systèmes sont employés : en Angleterre on a recours à des commissions permanentes composées de *commissaires des services civils* qui sont recrutés parmi les savants réputés ; les professeurs d'Université, capables de bien choisir les sujets de composition. Ces jurys acquèrent évidemment une grande expérience psychologique pour les jugement des épreuves, mais le système n'est pas à l'abri de tout reproche. Ces commissions étant en effet permanentes, leurs membres ne sont pas sans recevoir certaines recommandations. L'impartialité des juges doit les rendre vaines. Cependant on peut reprocher à ce régime une tendance au favoritisme.

En France, pour éviter cet écueil, les jurys sont temporaires. Ils sont formés, pour chaque concours, soit par nomination, par le chef de service, soit par tirage au sort.

Mais ce système présente encore certains dangers : tout d'abord les juges du concours n'ont pas toujours

l'expérience suffisante pour apprécier les qualités des candidats, puisqu'ils n'exercent cette fonction d'examineur qu'assez rarement.

Et, d'autre part, leur recrutement n'est pas sans offrir certains inconvénients. Si, en effet, les examinateurs sont uniquement recrutés parmi les hauts fonctionnaires de l'administration, dans laquelle il y a des postes à pourvoir il peut y avoir chez eux une certaine tendance à la cooptation.

C'est ainsi que, pour neutraliser ce danger, les jurys sont de plus en plus fréquemment composés de membres provenant de l'administration qui a ouvert le concours, ce qui est indispensable, et de membres qui lui sont étrangers. Une impartialité plus grande est ainsi assurée.

Pour certains concours, par exemple, le jury se compose de hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur, siégeant aux côtés de membres du Conseil d'Etat et de professeurs de la Faculté de droit. Cette formule semble être excellente et donne aux candidats le maximum de garanties.

La valeur des concours dépend donc en premier lieu de l'organisation pratique des épreuves.

B. Au point de vue juridique. Garanties juridictionnelles.

Si du point de vue théorique, le concours est le mode de désignation des fonctionnaires le plus perfectionné, il importe qu'en pratique le but recherché soit atteint.

C'est dans cet esprit que des dispositions réglementaires organisent les différents concours. Les règles ne sont pas encore unifiées ; cependant il est facile de dégager les deux traits principaux de cette procédure.

Ceux-ci reposent sur l'idée que le concours, tout en

étant un moyen de limiter l'arbitraire et d'assurer un bon recrutement de l'administration, celle-ci cependant ne peut aliéner les prérogatives qu'elle détient en vue du bon fonctionnement des services publics. Les concours sont un moyen et non une fin.

C'est ainsi que si l'administration est obligée de suivre strictement toutes les dispositions légales et réglementaires en matière de concours, un certain pouvoir lui est laissé.

Le principe de la Déclaration des Droits n'est pas appliqué dans toute sa rigueur. Si tous les citoyens ont vocation à exercer les fonctions publiques, ils doivent néanmoins remplir certaines conditions avant de se présenter aux épreuves. C'est pour cette raison qu'afin d'éviter l'inconvénient d'après lequel les fonctionnaires nommés au concours seraient placés en dehors du contrôle de la nation, la majorité des règlements prévoit, et ceci à juste titre, que personne n'a de droit acquis à se présenter. Il faut au préalable avoir été agréé par le chef de service. De même, comme nous le verrons, l'administration possède un certain pouvoir pour empêcher les nominations qui seraient contraires à l'intérêt des services. Toutefois ce pouvoir ne peut être exercé qu'en vue d'un but d'intérêt général, sinon il y aurait détournement de pouvoir.

Mais outre ce pouvoir discrétionnaire, l'administration, en vertu du principe général de l'indépendance du pouvoir réglementaire est toujours libre de modifier les règles qui président tant à l'organisation des concours qu'aux nominations.

Ainsi donc le concours apparaît bien comme le meilleur mode de désignation des fonctionnaires puisqu'il limite

le choix de l'administration, en lui indiquant les candidats les plus dignes, mais cependant sans la lier, comme nous le verrons, par des obligations trop strictes.

Mais pour que les concours produisent tous les résultats que l'on est en droit d'attendre d'eux, il importe que les dispositions qui les organisent soient strictement observées.

C'est le rôle du Conseil d'Etat de veiller à cette observation. Il est saisi le plus fréquemment par la voie du recours pour excès de pouvoir, plus rarement par un recours de plein contentieux. L'objet de ce dernier est de mettre en jeu la responsabilité de l'administration et il n'est ouvert que lorsqu'un droit a été violé.

Ces garanties juridictionnelles sont d'ordre public et s'imposent dans tous les cas. C'est ainsi que par un arrêt du 3 décembre 1926 (Nguyen Hung, p. 1049) le Conseil a décidé qu'un arrêté réglementaire, fixant les règles relatives à l'établissement de la liste des candidats à un emploi et interdisant toutes réclamations de la part des candidats évincés, ne saurait avoir pour effet de fermer aux intéressés la voie du recours pour excès de pouvoir. L'administration ne peut se soustraire au contrôle du juge.

Celui-ci par ailleurs jouit d'une très grande latitude : le caractère essentiel du droit administratif français est en effet d'être construit par le juge. La raison en est que celui-ci s'est trouvé dans une situation particulièrement favorable. Le Conseil d'Etat plus spécialement peut être considéré, dans une certaine mesure, comme le supérieur hiérarchique de l'administration : tous les recours sont la déformation de ce rôle.

C'est ainsi que peu à peu le contrôle juridictionnel

s'est élargi. Au point de départ nous trouvons la loi ; nous vivons en effet sous un régime de droit dont elle est l'expression. La loi est le fondement de notre droit public : elle s'impose à tous, aux particuliers, aux collectivités publiques et aux juges. Toute violation doit être sanctionnée.

Mais si au sens strict la violation de la loi signifie méconnaissances de règles écrites, en pratique cette notion est plus vaste. Elle comprend non seulement le respect dû aux textes législatifs et réglementaires, mais encore l'observation des principes généraux du droit et même des règles jurisprudentielles.

L'objet des lois, en matière administrative, est en effet d'assurer le bon fonctionnement des services publics. Partant de cette idée le Conseil d'Etat s'est reconnu le pouvoir de contrôler les actes de l'administration au point de vue du but poursuivi. Celui-ci ne peut être que l'intérêt général.

Ainsi le juge administratif veille non seulement à la stricte observation des lois et règlements, mais il peut encore fonder sa décision sur des motifs tirés de l'intérêt du service public.

Peu à peu le juge élargit son pouvoir d'investigation. A l'heure actuelle il ne se contente plus d'examiner la légalité d'un acte pris en lui-même, mais il recherche si les motifs qui l'ont inspiré sont conformes ou non à l'intérêt des services.

Le Conseil d'Etat joue donc un rôle créateur particulièrement important. C'est cette considération qui fait comprendre tout l'intérêt qui s'attache à l'étude de la jurisprudence. Celle-ci est constituée par l'ensemble des décisions rendues.

Quelle est sa portée ? Si la jurisprudence peut être considérée comme une source de droit elle ne participe pas du caractère législatif. Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires qui constitue une des bases de notre droit public s'y oppose. Les arrêts de règlement sont toujours restés formellement interdits depuis la Révolution. Le législateur s'est toujours souvenu de l'obstacle que les anciens parlements avaient dressé devant la royauté. Ainsi la jurisprudence n'a pas la portée d'une loi.

Elle présente cependant un grand intérêt grâce d'une part à la notion de fixité et d'autre part à la latitude des pouvoirs du juge.

En effet, pour que la jurisprudence ait une certaine valeur elle doit conserver une certaine fixité et ne pas être sujette à une évolution trop rapide.

Mais d'autre part, le droit administratif français, comme nous l'avons déjà vu, est en grande partie créé par le juge. La jurisprudence doit donc avoir un caractère propulseur.

Le Conseil d'Etat a su par sa politique jurisprudentielle concilier ces deux nécessités qui peuvent apparaître comme contraires. Il a su en effet éviter une trop grande cristallisation ; il a joué un rôle créateur très important. Mais cette évolution n'a pas été trop rapide, elle se fait peu à peu : le Conseil avance une idée, elle prend germe, elle se développe enfin dans toute son ampleur. L'introduction de la notion de risque dans la matière des dommages causés par les travaux publics en est un exemple. L'évolution est lente, ses progrès doivent être insensibles. Le juge doit avoir la conviction d'être toujours suivi.

C'est cette évolution que nous allons étudier en matière de concours.

Les larges pouvoirs qui appartiennent au juge administratif s'y sont exercés. Le Conseil, en se fondant sur la nécessité du bon fonctionnement des services publics, a constamment fortifié la légalité du recrutement des fonctionnaires.

Ce but a été atteint par le Conseil d'Etat, qui d'une part, a élargi de plus en plus les catégories de personnes qui pouvaient valablement former un recours et réduit progressivement le nombre des actes qui échappaient à son contrôle et d'autre part veillé strictement non seulement à l'observation de dispositions légales et réglementaires, mais encore au respect de toutes les considérations inspirées par la suprématie de l'intérêt général.

C'est cette jurisprudence que nous allons examiner. Après avoir étudié les conditions de recevabilité des recours nous verrons successivement les différentes phases du concours.

1. La décision qui institue un concours et détermine son règlement.

2. La fixation de la liste des admis à concourir.

3. La composition du jury et son rôle au cours des épreuves. La confection de la liste des admissibles.

4. Les effets de cette désignation.

CHAPITRE II

RECEVABILITÉ DES RECOURS

Le Conseil d'Etat n'examine un recours au fond que s'il remplit quatre conditions de recevabilité ; celles-ci se rapportent à la nature de l'acte attaqué, à la qualité des requérants, au délai et enfin à la forme.

Les formes des recours en matière de concours ne présentent aucun caractère spécial, elles obéissent au droit commun.

Mais les trois autres conditions de recevabilité offrent certains caractères particuliers.

C'est ainsi que nous examinerons successivement quels sont les actes qui peuvent être attaqués, quel est l'intérêt dont le requérant doit faire preuve, et enfin le délai dans lequel le recours doit être formé.

Section I

Actes qui peuvent être critiqués

La jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué en cette matière dans un sens très libéral. De restrictive qu'elle était vers le milieu du XIX^e siècle elle est devenue aujourd'hui

d'hui très large. La plupart des actes relatifs aux concours peuvent être déférés à la censure du Conseil d'Etat.

Il y a lieu cependant de faire une distinction entre deux catégories d'actes ; les uns ont trait à l'organisation du concours pour telle fonction publique : ce sont les textes organiques ; les autres se rapportent spécialement à chaque concours.

En ce qui concerne les dispositions organiques celles-ci sont prises par l'administration en toute liberté et ce n'est qu'exceptionnellement que le contrôle du juge pourra s'exercer. Elles sont édictées en effet en vue du bon recrutement des agents, et il est de règle que l'opportunité des décisions ne peut être discutée devant la juridiction administrative. Celle-ci a toujours eu soin de ne pas s'immiscer dans l'administration active.

Cependant si l'opportunité ne peut être discutée, une disposition légale ou réglementaire peut avoir été violée. Ce serait le cas par exemple d'une autorité incompétente prescrivant que telle fonction sera désormais recrutée au concours ou ne le sera plus. Dans ces hypothèses il est bien évident que le contrôle du juge jouera. Le recours n'a pas pour objet de critiquer l'opportunité de la décision, l'administration en est seule juge, mais simplement de sanctionner une illégalité.

Ainsi donc les textes organiques en matière de concours ne pourront être qu'exceptionnellement déférés au Conseil d'Etat.

Le nombre de ces dispositions est du reste assez restreint et elles ne peuvent faire grief aux concurrents.

C'est tout d'abord la décision de l'administration décidant que le recrutement de telle fonction publique se fera ou non par concours. Ce sont ensuite les condi-

tions générales des épreuves, la détermination des programmes, la fixation des catégories de candidats qui pourront se présenter (âge, sexe, nationalité, nécessité de services antérieurs).

De même, à moins de disposition spéciale, il est impossible de contraindre l'administration à ouvrir un concours. L'autorité compétente est seule juge des besoins du service.

Mais il ne faudrait pas confondre ce refus opposé par l'administration d'ouvrir un concours, parce qu'elle estime que le nombre des fonctionnaires, dans tel service est suffisant, avec la décision par laquelle elle recruterait certains fonctionnaires, mais en éludant l'obligation du concours prévue par un texte. Dans ce cas ce ne serait plus une question d'opportunité qui se trouverait posée mais une question de légalité qui pourrait être soulevée dans un recours contre la nomination du fonctionnaire.

Enfin la décision par laquelle l'administration fixe la date d'un concours relève également de l'opportunité administrative et ne peut être discutée devant le Conseil d'Etat.

Telles sont les dispositions qui ne pourront être critiquées que dans des cas assez rares.

Mais, en ce qui concerne les dispositions spéciales à chaque concours, les recours sont au contraire très largement ouverts. Tous ces actes peuvent être soit attaqués directement, soit critiqués à l'occasion d'une autre décision, dont ils servent de base. Le cas le plus fréquent sera celui du recours dirigé contre la nomination d'un fonctionnaire, à propos de laquelle, sauf de rares exceptions, la plupart des actes relatifs aux concours peuvent être critiqués.

Quels sont ces actes ?

§ 1. *Le règlement du concours.*

Si l'on suit l'ordre chronologique de la procédure du concours, le premier acte qui peut être attaqué est le règlement du concours. Toutes les dispositions de ce règlement contraires aux textes organiques peuvent être déferées au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Ce règlement fixe le plus souvent le nombre de places mises au concours, et les matières sur lesquelles les candidats seront interrogés et quelquefois aussi la composition du jury ; toutes ces dispositions sont susceptibles d'être annulées au cas d'illégalité.

Il importe de remarquer que ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'un tel recours sera porté directement devant le Conseil d'Etat. Dans les cas les plus fréquents le règlement ne sera critiqué qu'à propos d'un recours formé contre un acte postérieur, la plupart du temps au sujet d'une nomination.

C'est ainsi que par l'arrêt Antoine (13 novembre 1924, p. 872) des nominations ont été annulées parce que le jury avait été composé de façon irrégulière.

De même par l'arrêt Verret (12 juin 1925, p. 562) le Conseil a annulé des nominations faites à la suite d'un concours dont le règlement avait irrégulièrement fixé le programme.

Toutefois, en ce qui concerne le nombre de places, si une irrégularité s'est produite, celle-ci doit être attaquée dans les deux mois de la décision, conformément aux principes généraux du contentieux administratif. C'est ce qui résulte d'un arrêt Le Samedy, du 3 juin 1921, p. 546.

Cette distinction entre les actes qui doivent être attaqués directement ou non, sera du reste étudiée en détail lors de l'examen du principe de l'indivisibilité des concours.

§ 2. *Actes qui arrêtent la liste des concurrents.*

Actuellement les candidats sont recevables à attaquer la liste des concurrents établie par le chef de service.

Telle est la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat, mais il n'en a pas toujours été ainsi.

On a considéré longtemps que l'admission des candidats à un concours rentrait dans le pouvoir absolu de l'administration. On avait érigé en principe que le gouvernement devait rester libre du choix de ses fonctionnaires et qu'il n'avait aucunement à rendre compte aux juges des motifs ayant pu déterminer ce choix. L'autorité qui a le pouvoir de nomination et à qui incombe la responsabilité du bon fonctionnement du service, était le seul juge qui pouvait décider des admissions à concourir. Sur ce point doctrine et jurisprudence étaient d'accord.

C'est ainsi que, dans l'affaire Rouget (5 juillet 1851, Leb., p. 498), le Conseil d'Etat rejetait un recours formé contre une décision du Ministre de l'Instruction Publique refusant à un candidat l'autorisation de se présenter à un concours. L'arrêt se fonde sur ce que l'appréciation des motifs de la décision attaquée n'est pas du domaine de la juridiction contentieuse.

Dans l'arrêt Trubert du 21 mars 1873 (D., 73-III-85), le Conseil d'Etat maintenait presque intégralement sa jurisprudence antérieure. Il s'agissait d'une admission à

concourir prononcée par le président du Conseil d'Etat. Les juges ont rejeté le recours :

« Considérant qu'aux termes de l'article 7 du règlement du 9 mai 1849 la liste des candidats admis à concourir pour les places d'auditeurs de première classe est dressée et arrêtée définitivement par le président du Conseil d'Etat, assisté des présidents de section, qu'aucun recours n'est ouvert par la loi contre la décision du président du Conseil d'Etat et qu'il suit de là qu'elle ne peut être attaquée que pour incompétence ou excès de pouvoir en vertu de la loi des 7 et 14 octobre 1790 et 24 mai 1872.

« Considérant qu'en décidant que le sieur marquis di Braga, en sa qualité d'ancien auditeur au Conseil d'Etat, n'avait pas été assujéti à la loi du 24 mai 1872 à la condition minimum d'âge fixée par l'article 7 de la dite loi, le président du Conseil d'Etat, assisté des présidents de section, a statué dans la limite de sa compétence et n'a pas excédé ses pouvoirs, qu'en admettant que cette décision ait fait une fausse interprétation de la loi, le sieur T... est non recevable à la déférer au Conseil d'Etat ».

Ainsi, en 1873, le principe de l'irrecevabilité pour les admissions à concourir était déjà appliqué un peu moins strictement qu'auparavant. Mais la brèche qui avait été ouverte était encore bien minime ; seule, l'incompétence pouvait faire annuler la décision, une fausse interprétation de la loi était inefficace.

Mais peu à peu on se rendit compte que les anciennes conceptions ne pouvaient être intégralement maintenues ; on admit qu'en cette matière l'exercice des pouvoirs appartenant à l'administration devait suivre le sort de tous les actes administratifs et tomber sous le contrôle du juge.

C'est ainsi que, dans une matière voisine de celle des concours, celle de l'admission des entrepreneurs à certains marchés, le Conseil d'Etat a reconnu qu'il avait un pouvoir de contrôle. Dans l'arrêt Lespinasse du 4 août 1905 (D., 1907-III-60), il a décidé que le recours, formé contre une décision du Ministre de la Guerre, écartant un fournisseur des adjudications pour raisons politiques, était recevable.

En matière de concours, le revirement de jurisprudence s'est fait à l'occasion de l'arrêt Bouteyre (10 mai 1912, Leb., p. 553). En 1911, M. l'abbé Bouteyre, prêtre de l'église catholique, avait formé une demande pour prendre part au concours d'agrégation de philosophie de l'enseignement secondaire, le Ministre de l'Instruction Publique refuse de l'admettre à concourir. L'intéressé ayant formé un recours contre cette décision, le Conseil d'Etat examina l'affaire au fond.

Depuis cet arrêt, la jurisprudence du Conseil est constante et admet les recours formés soit contre des refus d'admission à concourir, soit contre des admissions à concourir irrégulières.

§ 3. *Les opérations du concours et les résultats.*

Les irrégularités qui vicient les opérations d'un concours ne peuvent être attaquées directement devant le Conseil d'Etat car les décisions des jurys de concours ne sont ni des actes d'administration ni de juridiction.

Le ministre compétent doit être obligatoirement saisi des réclamations par les candidats eux-mêmes, et le recours ne peut être dirigé que contre la décision ministérielle qui approuve ou annule la décision du jury d'examen.

Si l'annulation du concours est prononcée, cette décision peut être critiquée par la voie du recours pour excès de pouvoir, non seulement si elle a un vice propre, mais encore pour tous les motifs ayant trait au concours sur lesquels elle se fonde.

Il en est de même au cas de confirmation de la décision du jury : si le ministre confirme les résultats, il adopte par là même toutes les irrégularités qui ont pu être commises et celles-ci peuvent être discutées devant le Conseil d'Etat.

Toutes les irrégularités cependant ne peuvent être discutées. Les jurys des concours possèdent, en effet, un très large pouvoir d'appréciation des titres des candidats qui ne peut donner lieu à aucune critique devant la juridiction administrative.

Il s'agit ici d'une jurisprudence très ancienne et à laquelle le Conseil d'Etat reste attaché. C'est ainsi que, dans l'arrêt de Dampierre (11 août 1868), il a décidé que la décision de jury en fin d'année, qui exclut un élève de l'Ecole Navale, en le déclarant inadmissible pour la seconde année d'études, n'est pas susceptible d'être réformée au fond par le Ministre de la Marine, et le refus du ministre de statuer sur le recours de l'élève contre ladite décision ne peut donner lieu à un recours par la voie contentieuse.

Cette jurisprudence s'est affirmée plus récemment dans l'arrêt Filippi (24 février 1932, p. 226). Le Conseil a maintenu dans toute sa sévérité le principe suivant lequel l'appréciation de l'aptitude des candidats, une fois déterminée par le jury, ne peut être discutée devant la juridiction administrative.

Tel est le seul cas où le recours formé contre la décision

du jury est irrecevable ; mais toutes les fois que les requérants fondent leur recours, non sur le pouvoir souverain d'appréciation du jury, mais sur la violation d'un texte (loi, règlement, statut du concours) le recours est recevable.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est fixée depuis longtemps dans ce sens. Elle s'est exprimée avec une parfaite clarté dans l'arrêt du 16 novembre 1894, p. 595, Brault et autres.

Un certain nombre de concurrents qui avaient pris part au concours d'agrégation des Facultés de médecine pour la section de pathologie interne et de médecine légale, usant du droit inscrit dans l'article 24 du statut sur l'agrégation des Facultés, formèrent contre les résultats du concours un pourvoi devant le Ministre de l'Instruction Publique à raison de la violation de certaines formes prescrites par le statut.

Ce recours ayant été rejeté, les sieurs Brault et autres ont demandé au Conseil d'Etat l'annulation de la décision ministérielle.

Le ministre souleva deux fins de non-recevoir ; le Conseil d'Etat les écarta.

En premier lieu, soutenait le ministre, les concours d'agrégation sont des concours devant les Facultés. Or, d'après les dispositions de l'article 14 de la loi du 15 mars 1850, sous l'empire desquelles ont été faits les statuts de 1874 et de 1880, qui règlent les formes des concours pour l'agrégation, c'est au Conseil académique qu'il appartient de prononcer, sauf recours au Conseil supérieur de l'Instruction Publique « sur les affaires contentieuses relatives à l'obtention des grades, au concours devant les Facultés etc... » et d'après l'article 5

« le Conseil supérieur prononce en dernier ressort sur les jugements rendus par les Conseils académiques en vertu de l'article 14.

Le Conseil d'Etat a écarté formellement cette fin de non-recevoir : « Considérant que, même en admettant que les concours d'agrégation puissent être considérés comme des concours devant les Facultés dans le sens de l'article 4 précité, ce texte, remis en vigueur par la loi du 19 mars 1873, a été abrogé par l'article 61 de la loi du 30 octobre 1886; qu'aucune des dispositions de l'article 11 de la loi du 27 février 1880 qui détermine les attributions disciplinaires et contentieuses des Conseils académiques ne leur donne compétence pour juger les recours formés contre les opérations des concours ».

Le ministre soutenait en second lieu que la décision attaquée n'était pas susceptible, à raison de la nature de l'acte, de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Cette prétention a été rejetée par le Conseil d'Etat. Les juges ont estimé que, lorsque le ministre est saisi d'un recours, en vertu de l'article 24 du statut, la décision qu'il prend, l'est dans l'exercice de ses fonctions administratives; qu'elle constitue un acte administratif soumis aux voies de recours admises et consacrées par une jurisprudence antérieure; le recours des sieurs Brault et autres fut donc admis.

Cette jurisprudence est toujours restée constante.

Autres espèces :

Génevay, 26 juillet 1895, p. 615; Sarvornat et Tournade, 13 juillet 1917, p. 567.

§ 4. *Nominations en fin de concours
ou refus de nomination.*

Au début du XIX^e siècle, sous la Restauration, le Conseil d'Etat refusait d'examiner les recours dirigés contre les actes touchant au recrutement des fonctions publiques. « L'exercice du droit de nomination, suivant les termes même de ses arrêts, ne peut dans aucun cas donner lieu à un pourvoi devant nous, par la voie contentieuse ». Bien plus, le Conseil d'Etat menaçait même de frapper d'amende les avocats assez téméraires pour présenter un recours de cette nature (13 mars 1822, de Courso ; 10 août 1825 ; 22 novembre 1825).

Car en principe aucun citoyen n'a droit à être personnellement choisi pour une fonction publique ; aucun n'a un intérêt personnel suffisant pour être recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre une nomination faite en dehors des règles.

Mais cette jurisprudence a reçu des atténuations importantes et notamment en matière de concours. Si en effet il a été jugé utile de limiter le pouvoir discrétionnaire de nomination appartenant à l'administration en instituant certaines règles dont l'objet était d'assurer un meilleur recrutement de la fonction publique, il a fallu corrélativement sanctionner l'inobservation de ces règles.

C'est ainsi que cette jurisprudence commence à se former lors des arrêts Trubert (21 mars 1873, D., 73-III-1885) et Brault (16 novembre 1894, S., 96-III-65) et se trouve établie définitivement par l'arrêt Alcindor (1^{er} juin 1906, p. 518). Actuellement toutes les nominations intervenues après concours, et entachées d'une

irrégularité peuvent être déferées au Conseil d'Etat (Sarvornat et Tournade, 13 juillet 1917, p. 567).

Et inversement les refus injustifiés de nominations après concours peuvent également être critiqués (21 juin 1918, Union générale de l'Enregistrement, Grego, 16 mai 1930, p. 521).

Section II

Qualité pour agir

En principe tous les intéressés peuvent saisir le juge du recours pour excès de pouvoir.

En matière de concours la qualité des requérants est assez facile à saisir, parce qu'il est aisé de déterminer les individus qui ont intérêt à contester les opérations du concours ou à critiquer les actes qui s'y rattachent. On résout le problème avec certitude, suivant l'opinion de M. Alibert (*Le recours pour excès de pouvoir*) si l'on a soin de décomposer ces opérations et d'examiner la situation des concurrents à l'égard des différents actes que fait apparaître cette décomposition. L'intérêt en effet varie selon que l'acte attaqué est, soit la nomination, soit un acte de l'opération complexe.

§ 1. Actes qui arrêtent la liste des concurrents.

Sont recevables à l'attaquer tous les concurrents qui remplissent les conditions légales ou réglementaires pour se présenter, ou qui estiment les remplir, et qui ont été rayés de la liste des concurrents (arrêt Bouteyre, 10 mai 1912, p. 553). La jurisprudence du Conseil est constante en ce sens.

De plus, ce ne sont pas seulement les candidats dont l'inscription est refusée qui ont qualité et intérêt pour agir, mais également les concurrents qui estiment qu'un candidat a été irrégulièrement inscrit sur la liste. Ils peuvent en demander la radiation à la condition seulement qu'ils remplissent eux-mêmes les conditions nécessaires pour pouvoir se présenter (Somnier 10 avril 1908, p. 399).

§ 2. *Les opérations du concours.*

Le recours contre les opérations du concours n'est possible que contre l'acte de l'autorité administrative qui confirme ou annule les résultats. La qualité nécessaire au requérant pour se pourvoir valablement n'est pas la même dans les deux cas.

a. *Le chef de service refuse d'annuler les opérations.* — La jurisprudence du Conseil a varié avec le temps. De restrictive qu'elle était à la fin du XIX^e siècle elle est devenue plus libérale.

Par un arrêt du 17 novembre 1899 (Argent des Deux Fontaines, p. 643) elle avait en effet posé en principe que, pour être recevable à se pourvoir contre des irrégularités ayant entaché un concours, le requérant devait avoir subi avec succès les épreuves. La décision est ainsi motivée :

« Considérant que le requérant n'ayant pas subi avec succès les épreuves du concours d'entrée dans des conditions telles que son admission à l'Institut commercial puisse être prononcée n'a pas qualité pour relever les irrégularités concernant l'admission dans cet établissement d'autres jeunes gens ».

Cette solution était très rigoureuse, elle partait de cette idée que le candidat éliminé pour sa faiblesse, ne pouvait être nommé. Cette solution peut être juste, en matière d'examen, puisque dans ce cas le jury n'est pas limité par le nombre des admissions, apparaissait très sévère en matière de concours, puisque, dans certains, les différences entre candidats sont extrêmement minimes. Ainsi, il paraît bien qu'au cas où certains admissions auraient été faites irrégulièrement, un candidat, même non reçu, a intérêt à contester la régularité des épreuves, puisqu'il aurait pu se présenter au nouveau concours.

Ce n'était que dans des cas exceptionnels, lorsque les requérants invoquaient un texte précis, que le Conseil admettait les recours plus largement.

Ainsi par deux arrêts Brault (16 novembre 1894, p. 595) et Genèvey-Montay (26 juillet 1895, p. 615), le Conseil d'Etat a admis des recours formés contre la régularité des épreuves par des requérants dont la seule qualité était d'y avoir participé.

Il s'agissait de l'agrégation des Facultés de médecine dont le statut prévoyait un recours formé par « tous les concurrents qui ont pris part à tous les actes du concours ».

Mais cette jurisprudence qui longtemps n'a été qu'exceptionnelle est devenue aujourd'hui le droit commun.

En principe, a qualité pour se pourvoir contre les résultats du concours tout concurrent qui a pris part à toutes les épreuves. C'est en effet, suivant la formule de M. Alibert, s'il y a pris part qu'il pouvait espérer venir en ordre utile pour être nommé.

Il a par suite un intérêt personnel à contester la validité des épreuves qui l'ont évincé et à faire sanctionner l'irrégularité qu'il a cru découvrir.

Si, au contraire, sauf les cas exceptionnels que nous examinerons, il n'a pas pris part à toutes les épreuves, il ne pouvait en tout état de cause être nommé : il est par suite sans intérêt ni qualité pour se pourvoir.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est constante en ce sens. Arrêt Froment et, autres 23 juillet 1922, p. 554 ; Bouvet, 17 juin 1927, p. 676.

Tous les arrêts sont rédigés de même :

« Considérant que tous les candidats ayant participé aux épreuves sont recevables à contester la régularité des certificats délivrés ».

Cette évolution montre l'intérêt que le Conseil attache à la régularité des opérations du concours. En ouvrant largement les recours il permet ainsi aux candidats d'exercer un contrôle très efficace sur la régularité des épreuves.

L'application de ce principe ne soulève aucune difficulté. Cependant, il y a lieu de remarquer tout d'abord que si le concours a lieu en plusieurs parties, s'il donne lieu à des épreuves préparatoires, à la suite desquelles une liste d'admissibles est dressée, puis à des épreuves définitives, les requérants pourraient invoquer une irrégularité qui se serait produite au cours des premières épreuves ; car si l'on exigeait du candidat intéressé autre chose que la participation à ces épreuves il ne pourrait jamais se pourvoir. Cette interprétation semble confirmée par un arrêt demoiselle Evrard (17 février 1932, p. 185). Le Conseil a estimé dans cette affaire que le chef de service n'avait pas excédé ses pouvoirs en annulant un

concours dont les épreuves préparatoires avaient été entachées d'irrégularités.

Mais, en second lieu, le principe d'après lequel seuls, les candidats qui ont pris part à toutes les épreuves peuvent se pourvoir, ne s'applique dans toute sa rigueur que lorsque le motif invoqué se rapporte à l'exécution même des épreuves.

Les concurrents, comme nous le verrons en examinant le principe de l'indivisibilité des opérations du concours, peuvent se fonder sur tous les actes antérieurs de cette procédure.

Dans ce cas les conditions de qualité sont modifiées ; il convient de les examiner. Il existe en effet des hypothèses où la condition d'avoir participé à toutes les épreuves n'est plus exigée et d'autres, au contraire, où elle est insuffisante. C'est uniquement une question d'espèce. Nous citerons simplement deux exemples, tirés d'une irrégularité dans la fixation du nombre des reçus et qui ont donné lieu à des décisions inverses, bien que toutes deux restent exactement dans la ligne de la jurisprudence du Conseil.

Tout d'abord le recours peut être recevable nonobstant le fait que le requérant n'a pas pris part à toutes les épreuves.

C'est le cas de l'arrêt Somnier (10 avril 1908, p. 399). Le Conseil a décidé dans cette affaire qu'un candidat éliminé pour la faiblesse de ses épreuves avait cependant qualité pour demander l'annulation de l'acte administratif qui, à la suite d'un concours, a déclaré reçus un certain nombre de ses concurrents, bien qu'il n'ait pas été admis à subir la seconde partie de l'examen.

La question de recevabilité du recours avait été sou-

levée par le Ministre de l'Intérieur, le commissaire du Gouvernement s'était prononcé pour la recevabilité, il fut suivi par les juges.

Ce candidat, ayant été en effet éliminé comme n'ayant pas eu le nombre de points nécessaires pour être admis aux épreuves orales, ne pouvait en aucun cas prétendre à être nommé, mais il demandait l'annulation de la disposition augmentant le nombre de places après l'ouverture du concours.

L'annulation de cette décision présentait un intérêt certain pour lui, car elle diminuait le nombre des nominations à faire à la suite d'un concours ultérieur auquel il pouvait prendre part.

Mais inversement, bien qu'ayant pris part à toutes les épreuves, un requérant peut manquer d'intérêt à se pourvoir.

C'est le cas où le nombre des places mises au concours aurait été irrégulièrement diminué. Dans cette hypothèse il est évident que, seuls, ont qualité pour se pourvoir les candidats dont le rang leur aurait permis d'être nommé si la décision illégale n'était pas intervenue.

C'est ce que le Conseil d'Etat a décidé par l'arrêt Quinart (1^{er} décembre 1933, p. 1122). Il résulte de cette décision que les candidats ne venant pas en rang utile dans le classement ne sauraient critiquer la légalité d'un arrêté diminuant le nombre de places mises au concours.

b. Le chef de service annule les opérations du concours.

— Il est évident que la qualité pour se pourvoir est ici toute différente : la situation est exactement inverse. En effet, les candidats qui ont pris part aux épreuves et n'ont pas été reçus n'ont aucun intérêt à critiquer la

décision annulant le résultat du concours. Car si la décision du chef de service était elle-même annulée, cela signifierait que la présentation par le jury a été régulière et, par suite, que c'est à juste titre que les candidats ont été écartés.

Si, au contraire, la décision est maintenue, ils pourront se représenter une nouvelle fois.

Ainsi, seuls peuvent se pourvoir contre une décision annulant les résultats d'un concours, les candidats reçus.

C'est ce qu'il résulte de deux arrêts du Conseil d'Etat Bessonnet (17 juin 1904, p. 486) et Sarvonat et Tournade (13 juillet 1917, p. 567).

L'arrêt Bessonnet a été rendu dans les circonstances suivantes : le requérant, seul candidat pour l'emploi de suppléant d'une chaire de médecine, n'avait pas été présenté par le jury dans les conditions réglementaires. En admettant même que cette irrégularité fut causée par une erreur des juges dont le candidat n'était pas responsable, il n'en est pas moins vrai que ce candidat ne pouvait être nommé, puisqu'il ne possédait pas les conditions requises. Dès lors, il était sans intérêt ni qualité pour demander l'annulation de la décision ministérielle annulant les opérations du concours.

Cette décision est très justifiée ; dès l'instant, en effet, où un candidat n'a pas été reçu, loin d'avoir intérêt à attaquer l'annulation du concours, il ne peut que tirer satisfaction du fait qu'elle ait été prononcée.

Dans l'arrêt Sarvonat et Tournade la situation était exactement inverse. Il s'agissait de candidats reçus qui formaient un recours contre une décision annulant les opérations du concours. Dans ce cas ils avaient certainement intérêt à se pourvoir. C'est ce que le Conseil a

décidé. Dans le même sens, demoiselle Evrard 17 février 1932, p. 185.

§ 3. *Nominations en fin de concours.*

Peuvent se pourvoir tout d'abord tous les candidats ayant participé aux épreuves, et non admis, dans les conditions qui viennent d'être définies, Perrens (28 décembre 1917, p. 879). Et à plus forte raison les candidats reçus et non nommés (Grego, 16 mai 1930, p. 521).

De plus sont également recevables les recours formés par des fonctionnaires à la condition seulement que la nomination intervenue leur fasse grief. Ce recours n'est du reste pas spécial à la matière des concours, c'est l'application de la jurisprudence du Conseil aux termes de laquelle tout fonctionnaire, pourvu qu'il ait un intérêt direct, peut critiquer les nominations faites contrairement aux lois et règlements (Alcindor, 1^{er} juin 1906, p. 518).

Mais quel est l'intérêt nécessaire ? La réponse a également varié avec le temps. Avant 1917 les recours étaient très largement ouverts : tout fonctionnaire pouvait s'ériger en défenseur bénévole de son statut.

Depuis 1917 le Conseil exige que la nomination intervenue fasse grief au requérant. Ainsi deux conditions doivent être remplies pour que le requérant ait la qualité suffisante pour se pourvoir. Le fonctionnaire doit tout d'abord être en activité de service (Un fonctionnaire révoqué serait sans qualité). Ensuite, être de la même classe ou d'une classe inférieure à celle du candidat nommé. S'il était d'une classe supérieure il n'aurait en effet aucun intérêt personnel à critiquer cette nomina-

tion, puisque le candidat nommé ne pourrait jamais concourir avec lui pour l'avancement. Il n'en n'est pas évidemment de même lorsqu'il appartient à un échelon égal ou inférieur à celui pour lequel a eu lieu la nomination irrégulière.

Au cas où le requérant appartient à une classe inférieure, il convient de préciser qu'il n'a d'intérêt pour critiquer la nomination que s'il remplit les conditions réglementaires pour être nommé à l'emploi supérieur.

Par un arrêt Pentier (7 août 1926, p. 897) le Conseil a en effet décidé qu'un fonctionnaire n'était pas recevable à se pourvoir lorsqu'il s'agissait d'un concours ouvert pour le grade de contrôleur des contributions indirectes et que l'intéressé n'était que vérificateur de troisième classe. Les dispositions réglementaires exigeaient en effet le grade de vérificateur principal pour pouvoir prendre part au concours. Le requérant était donc sans intérêt personnel pour agir.

Enfin, n'est pas fondé à se pourvoir un agent ayant quitté le service que ce soit par révocation ou pour toute autre cause (Burgeat 8 août 1899, p. 593).

Il s'agissait en l'espèce d'un fonctionnaire communal révoqué qui prétendait que la nomination de son successeur n'ayant pas eu lieu au concours était irrégulière. Le Conseil d'Etat a décidé que son recours était irrecevable.

Cette solution ne soulève aucune difficulté. Du moment que le sieur Burgeat avait quitté le service il n'avait plus aucun intérêt à critiquer la légalité des décisions qui ne pouvaient d'aucune façon lui faire grief.

Mais si le requérant remplit toutes les conditions légales et réglementaires pour être nommé au poste attribué irrégulièrement, le recours qu'il présente est recevable. La jurisprudence du Conseil d'Etat est constante en ce sens (Derrien 23 janvier 1925, p. 75 ; Chauveau 26 décembre 1930, p. 1119).

A la question du recours formé par les fonctionnaires se rattache celle des associations de fonctionnaires. Dans quelle mesure celles-ci peuvent-elles se pourvoir ?

Il suffit de rappeler la jurisprudence générale du Conseil d'Etat : celle-ci a adopté successivement deux attitudes contraires. Favorable à partir de 1908 au recours pour excès de pouvoir formé par un groupement, elle est devenue aujourd'hui plus sévère et se trouve ramenée aux solutions de 1906.

Le terme de l'évolution libérale de la jurisprudence a été marqué par un arrêt Fedel (17 janvier 1913). Il résultait de cet arrêt qu'une association corporative était recevable à agir si la décision, qui ne vise expressément qu'une individualité déterminée, est motivée pour des raisons d'ordre général et s'applique à une des collectivités groupées dans l'association ; si l'intérêt corporatif est dans les motifs peu importe que le dispositif ait pour l'instant une portée individuelle.

Mais un second arrêt Fedel (17 février 1922, p. 166) renversa complètement ces principes. Il résulte de cette décision que la demande formée par un fonctionnaire en vue d'obtenir son classement dans la première classe de son grade à une date déterminée a un caractère individuel ; en conséquence, la décision administrative qui a refusé d'y faire droit ne peut être attaquée par la voie du recours pour excès de pouvoir par une association à laquelle

appartient ce fonctionnaire. Cette association n'aurait pu qu'intervenir au procès.

Ainsi, actuellement le Conseil d'Etat écarte les recours formés par d'autres associations que celle qui est directement intéressée, et notamment ceux formés par les unions d'associations. C'est ce qui résulte d'un arrêt du 14 mars 1924 : l'union constituée entre les associations professionnelles des différentes administrations centrales n'a pas qualité pour se substituer aux fonctionnaires de l'une de ces administrations, groupés en associations ou agissant isolément en vue de la défense en justice des intérêts communs qui sont propres au personnel de cette administration.

Seule donc l'association directement intéressée peut se pourvoir, mais là encore elle doit remplir certaines conditions. L'acte attaqué doit présenter un caractère d'intérêt collectif. Seul, celui-ci permet à l'association d'introduire un recours en son nom.

Ainsi le recours des associations est toujours recevable lorsqu'il s'agit d'un acte réglementaire à dispositif de portée générale.

Mais la question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'un acte individuel. Le Conseil d'Etat distingue l'acte positif et l'acte négatif. En cas d'acte positif celui-ci intéresse toute la collectivité. C'est par exemple le cas de nomination irrégulière ; l'association est recevable à former un recours, Thirion (30 décembre 1921, p. 1123 ; 17 mars 1933, Renom de la Baume, S., 33-III-63). S'il s'agit au contraire d'un acte négatif l'association ne peut qu'intervenir.

§ 4. *Intervention.*

Tous ceux qui ont intérêt au maintien ou à l'annulation de la décision attaquée ont la possibilité d'intervenir.

Ainsi les candidats nommés agrégés à la suite d'un concours dont l'annulation est demandée, sont recevables à intervenir devant le Conseil d'Etat (Brault 16 novembre 1894, p. 595, S., 96-III-65). De même par un arrêt Derrien, 23 janvier 1924, le Conseil a décidé qu'un candidat inscrit au concours dont la décision attaquée a empêché l'ouverture est recevable à intervenir pour appuyer la requête.

L'intérêt des candidats qui avaient triomphé des épreuves était trop évident pour que la recevabilité de l'intervention puisse faire de doute.

Au point de vue des frais d'après une jurisprudence constante, cette recevabilité de l'intervention en cas de rejet du recours, entraîne comme conséquence la condamnation des requérants à rembourser aux intervenant les frais de timbre, les seuls qu'ils avaient été obligés d'exposer.

Mais si l'auteur du pourvoi qui succombe est condamné à rembourser les frais de timbre et d'enregistrement auxquels a donné lieu le mémoire en intervention, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'au cas où l'acte attaqué est annulé l'intervenant doive être condamné aux dépens ; en principe, en effet, l'intervenant n'est pas partie en cause.

Ainsi en décide une jurisprudence constante du Conseil d'Etat : lorsqu'un recours pour excès de pouvoir a été communiqué à la partie intéressée au maintien de l'acte attaqué, les observations présentées par celle-ci cons-

tituent non une intervention mais une réponse à la-dite communication (Conseil d'Etat, 15 décembre 1933, S., 34-III-45). Le fait que l'administration se soit méprise sur l'étendue de sa responsabilité ne lui est pas imputable.

Ce n'est qu'au cas où le Conseil d'Etat considère que c'est à l'initiative de l'intervenant que doit être attribué l'acte annulé que celui-ci a été condamné aux dépens.

Dans aucun cas une partie qui n'a pas été mise en cause, et qui n'a pas formé d'intervention ne peut être condamnée aux dépens (D., 94-III-81).

Section III

Délai. Principe de l'indivisibilité du concours

Il est de principe que les actes administratifs doivent être attaqués dans le délai de deux mois à dater soit de leur publication, soit de leur notification.

Mais en matière de concours les différentes phases de la procédure formant en quelque sorte un tout, la jurisprudence du Conseil d'Etat a admis qu'à l'appui d'un recours formé contre un certain acte il était possible de critiquer des actes administratifs antérieurs même si plus de deux mois s'étaient écoulés depuis le jour où le délai normal commençait à courir, et la date du dépôt du recours. La nullité d'une opération entraîne la nullité de l'opération tout entière.

Cette facilité n'a pas à être appliquée si les requérants attaquent directement soit le règlement du concours, soit la liste des admis à concourir, soit même les résultats tels qu'ils résultent de la décision du jury, car il s'agit là d'actes simples ; mais la question se pose lorsque le

recours est dirigé contre les nominations faites en fin de concours.

Quels sont dans ce cas les motifs qui peuvent être invoqués, peut-on prétendre que le règlement est illégal, que la liste des admis à concourir a été irrégulièrement composée, que les épreuves ont été irrégulières ?

La jurisprudence du Conseil d'Etat est encore sur ce point extrêmement nuancée et n'admet pas tous les griefs. Il convient de reprendre ces divers points successivement.

A. Le règlement du concours.

Ce règlement prévoit les conditions dans lesquelles le concours aura lieu. Il est spécial à chacune de ces épreuves et ne doit pas être confondu avec le règlement organique du concours.

Ce règlement particulier organise les conditions du concours, fixe notamment le nombre de places disponibles, désigne, le cas échéant, les membres du jury.

La jurisprudence du Conseil d'Etat différencie ces divers actes.

C'est ainsi que par deux arrêts (Avy 2 décembre 1921, Leb., p. 1017 et Le Samedy 3 juin 1921, p. 546) la haute juridiction a décidé que lorsqu'un recours n'avait pas été formé dans le délai de deux mois à dater de la décision fixant le nombre de places mises au concours, un moyen tiré de l'illégalité de celle-ci ne pouvait être invoqué à l'appui d'un recours contre une nomination.

L'arrêt Le Samedy est ainsi motivé :

« Considérant que si le sieur Le Samedy estimait qu'un texte réglementaire obligeait le ministre à ouvrir le concours dont s'agit pour plus de cinq places, il aurait dû

à peine de forclusion, exercer dans le délai de deux mois à compter du 24 octobre 1919, date fixée pour la cessation des hostilités, son droit de contester la légalité de la décision portant ouverture du concours et fixant à cinq le nombre des candidats à admettre à la suite de ce concours, laquelle avait été insérée au *Journal Officiel* le 27 septembre précédent ; que le sieur Le Samedy n'a, dans ledit délai, ni formé un recours au Conseil d'Etat contre cette décision, ni saisi le ministre d'une demande tendant à son annulation, qu'il n'a adressé au ministre une réclamation à cette fin que le 16 juillet 1920, en dehors du délai ci-dessus défini ». Par suite, la requête a été rejetée comme tardivement présentée.

Cette solution s'explique par la volonté de la haute juridiction qui ne veut pas, pour éviter des fraudes trop faciles, que le nombre des places mises au concours soit modifié une fois les épreuves commencées. Et c'est pour cette raison que le Conseil d'Etat admet plus largement les recours formés contre une décision modifiant irrégulièrement la première décision fixant le nombre de places mises au concours.

Par deux arrêts en effet le Conseil a admis des requérants à critiquer la légalité du nombre de places mises au concours, à propos d'un recours dirigé contre des nominations.

Par l'arrêt Somnier le Conseil a décidé qu'était illégale la décision augmentant le nombre de places après l'ouverture du concours (Sommier 10 avril 1908, p. 399).

De même, par un arrêt Quinart (1^{er} décembre 1933, p. 1122) le Conseil a décidé que des candidats non reçus à l'Ecole Polytechnique pouvaient demander leur nomination en se fondant sur l'illégalité d'une décision du

Ministre de la Guerre ayant diminué le nombre de places postérieurement au délai que les règlements lui imposaient pour déterminer le nombre des reçus.

Malgré la tendance libérale de ce dernier arrêt, il semble cependant qu'il ne faut pas en conclure que le Conseil ait renoncé à son ancienne jurisprudence. Il existe en effet une différence essentielle entre les arrêts *Le Samedy* et *Quinart*. Dans l'arrêt *Le Samedy* le requérant se plaignait de ce que le nombre de places avait été irrégulièrement fixé par le règlement du concours. Dans l'arrêt *Quinart*, le motif invoqué était une modification irrégulière au nombre de places. Ainsi dans la première espèce le requérant n'avait jamais eu aucun droit à être nommé, et il lui appartenait de faire reconnaître ce droit en temps utile. En ce qui concerne l'arrêt *Quinart*, les concurrents avaient au contraire un véritable droit au maintien des dispositions réglementaires qui avaient été régulièrement prises. Il s'agissait d'une irrégularité inséparable des opérations du concours. Cet arrêt ne fait d'ailleurs que confirmer l'arrêt *Somnier*.

Il semble donc que le Conseil distingue le cas où il y a eu atteinte au règlement du concours régulièrement fait et celui où il y a eu simplement atteinte aux dispositions organiques de la fonction. Dans le premier cas l'irrégularité peut être soulevée au moment des nominations ; dans le second cas il faut un recours distinct et formé dans les deux mois de la décision.

Mais cette distinction ne s'applique qu'au nombre de places mises au concours. Les autres irrégularités peuvent toujours être soulevées même au moment des nominations. C'est ce que le Conseil a jugé pour la composition irrégulière du jury et pour une erreur ayant entaché la composition des programmes.

En effet, par un arrêt Chatel (11 février 1916, Leb., p. 80), le Conseil a annulé des nominations intervenues à la suite d'un concours dont le jury avait été irrégulièrement composé. Dans le même sens, Antoine 13 novembre 1924, p. 872.

De même par l'arrêt Verret (12 juin 1925, p. 562) les juges ont écarté une fin de non-recevoir tirée de ce qu'un capitaine s'était présenté à un concours de l'intendance après la publication d'un décret fixant irrégulièrement le programme, ne serait plus recevable à critiquer la légalité d'un texte dont il aurait ainsi accepté tacitement les dispositions. Le requérant ne peut être considéré comme ayant renoncé à critiquer la légalité d'un texte à l'occasion de nominations faites par application dudit texte. Le Conseil s'est prononcé dans le même sens par un arrêt Dorlencourt (26 mars 1926, p. 365).

Ainsi les irrégularités ayant entaché le règlement du concours peuvent être très largement critiquées.

Il en est de même pour les autres actes du concours, le premier qui intervienne par ordre chronologique est l'inscription ou le refus d'inscription sur la liste des admis à concourir.

B. *La liste des admis à concourir.*

La jurisprudence du Conseil d'Etat a évolué en cette matière dans un sens libéral. Un arrêt du 11 novembre 1910, p. 762, David, avait, en effet décidé qu'en l'absence de recours contre l'acte approuvant la liste d'admissibilité, le recours contre la nomination était irrecevable.

Mais par un arrêt Perrens (28 décembre 1917, p. 872) le Conseil d'Etat a admis qu'un moyen tiré de l'irrégula-

rité de la liste des admis à concourir pouvait être présenté à l'appui d'un pourvoi contre une nomination. Un arrêt Courtron (18 décembre 1925) a décidé dans le même sens.

De même Musard (26 avril 1929, p. 427), Camou (24 décembre 1920, p. 1111).

C. Irrégularité dans les épreuves.

Le Conseil admet également qu'une irrégularité dans les épreuves peut être invoqués lors d'un recours formé contre des nominations de fonctionnaires après concours. La jurisprudence est constante en ce sens. Ainsi en a-t-il été décidé par l'arrêt Bouvet (17 juin 1927, p. 676).

Bien entendu, il est toujours possible d'invoquer, pour faire annuler des nominations, que celles-ci ont eu lieu sans concours alors que l'administration était obligée de recourir à cette procédure.

La portée de ce principe de l'indivisibilité du concours ne doit cependant pas être étendue par trop.

Le Conseil n'annule l'ensemble des opérations du concours que lorsque l'acte attaqué est susceptible d'avoir entaché gravement toutes les opérations. Mais il existe des cas où l'effet de l'irrégularité peut être strictement défini. Dans ce cas le Conseil se borne à annuler purement et simplement les conséquences de l'acte illégal.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne les admissions à concourir le Conseil a décidé par un arrêt Defrance (6 août 1912, p. 973) que le fait que certains candidats n'étaient pas aptes à concourir n'entache d'aucune irrégularité la nomination d'un concurrent apte.

De même par l'arrêt Somnier (10 avril 1908), le Conseil

s'est borné à annuler une décision du Gouverneur général de l'Algérie qui avait porté de 8 à 9 le nombre des admis à concourir. Les résultats du concours ont été maintenus.

Il en est également ainsi en cas d'erreur dans le calcul des points. Lorsque la note du candidat peut être rétablie le Conseil n'annule pas les opérations.

Enfin par une décision également très justifiée le Conseil d'Etat a estimé que les irrégularités commises dans une section d'un concours sont sans influence sur les résultats des autres sections (Bérillon 13 juillet 1917, p. 571).

CHAPITRE III

L'OBLIGATION DU CONCOURS

Section I

Qui peut établir l'obligation du concours ? Validité des nominations

Par sa nature juridique le concours est une limitation au pouvoir de nomination. Ceci n'entraîne pas comme conséquence que le pouvoir de nomination d'un agent ne peut être limité que par l'autorité qui le lui a conféré.

Il a pourtant été soutenu que l'autorité qui confère le pouvoir de nomination peut seul en déterminer les limites et notamment le restreindre par un concours. La solution contraire aurait pour effet de faire modifier un acte juridique antérieur par une autorité inférieure.

L'institution d'un concours ne pourrait donc être l'œuvre que d'une autorité identique ou supérieure à celle qui a conféré le pouvoir de nomination.

Mais cette solution n'est pas celle qui a été acceptée par notre droit positif. Le concours est en effet un mode de désignation des fonctionnaires perfectionné, et l'auto-

rité qui a compétence pour nommer peut toujours choisir le mode de recrutement qui lui paraît le meilleur. C'est en ce sens que le Conseil d'Etat s'est prononcé.

Il résulte en effet de la jurisprudence que le pouvoir de nomination d'un agent peut être valablement restreint du fait de l'établissement de concours par une autorité autre que celle qui lui a donné compétence pour nommer. L'institution du concours peut être donc faite soit par l'agent investi du droit de nommer, soit par une autorité supérieure, mais en aucun cas par un agent inférieur. Il s'ensuit que les nominations intervenues dans ces conditions sont valables.

Ainsi le Parlement est toujours compétent pour édicter les règles d'entrée au service public, sauf les exceptions prévues par les lois constitutionnelles. Il pourrait notamment prescrire que le concours sera le mode normal de recrutement de tous les fonctionnaires. Mais, de plus, le Parlement peut décider que les règles d'entrée au service seront édictées par telle autorité qu'il désignerait.

Si le Parlement n'a pas réglé la question, le Président de la République, en vertu de son pouvoir général de nomination inscrit dans l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, peut décider que le recrutement pour telle fonction publique aura lieu par concours.

Ainsi le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 13 juillet 1917 (Muller, p. 565) a décidé : « qu'il rentrait dans les pouvoirs du Président de la République de déterminer les conditions d'entrée dans le service... ou, comme il l'a fait, de déléguer au Ministre des Finances le soin d'opérer cette détermination ».

Chaque chef de service a le pouvoir enfin, non pas de déterminer le procédé de désignation de son per-

sonnel, mais de réglementer l'exercice du pouvoir de nomination qui lui est conféré par la loi ou par un décret.

Cette règle s'applique à tous les chefs de service : Nationaux Warnier 1905, p. 625 ; Rageot 1909, p. 707 et locaux. Si la loi confère au maire le pouvoir de nomination, celui-ci peut toujours instituer un concours. De même, le préfet. Ainsi le Conseil d'Etat a décidé par un arrêt Fargues (13 janvier 1888) que le préfet de police de Paris en s'appropriant les termes de trois délibérations du Conseil général de la Seine et en instituant un concours pour la nomination de vétérinaires sanitaires du département de la Seine, n'avait pas excédé ses pouvoirs. Car aux termes du décret du 22 juin 1882 (art. 96) les nominations des vétérinaires délégués appartiennent aux préfets pour les départements, et au préfet de police pour la Seine. Le Conseil a estimé dans ces conditions que le préfet de police avait agi « dans la limite de ses pouvoirs ».

Il en est de même pour les établissements publics : dont les administrateurs peuvent instituer des concours. C'est ce qui a été décidé notamment pour les commissions administratives des hospices par un arrêt Chalmette (11 décembre 1908, p. 1023). Le Conseil, pour reconnaître la légalité du concours s'est fondé sur ce que la loi du 7 août 1851 reconnaît compétence aux commissions administratives des hospices pour arrêter, avec l'approbation du préfet, les règlements de service. L'article 14 dispose que les commissions administratives des hospices et hôpitaux nomment les médecins et chirurgiens. En combinant ces deux textes une commission peut établir un concours.

Enfin le même principe est appliqué pour les colonies : Beziat 31 juillet 1908, p. 836.

Mais le concours ne peut être institué en dehors des cas où il l'est par l'autorité qui confère le pouvoir de nomination que par l'agent investi du droit de nommer.

Une autre autorité ne peut légalement se substituer à lui, sauf bien entendu le cas où le concours est institué par une autorité dont les décisions s'imposent soit qu'il s'agisse d'une loi, soit que ce soit un ordre d'un supérieur hiérarchique.

Ainsi le Conseil municipal ne peut réglementer l'exercice du pouvoir de nomination du maire, ni celui du préfet. Il s'agit ici de l'application pure et simple des règles de compétence qui régissent notre droit public.

La jurisprudence du Conseil nous offre cependant des exemples en matière de concours. La haute juridiction a ainsi décidé par un arrêt Pélissier (15 mars 1912, p. 378) qu'un préfet n'avait pas excédé ses pouvoirs en nommant directement un particulier contrôleur de l'octroi d'une ville alors que le règlement voté par le Conseil municipal édictait pour tous les employés l'obligation du concours, car ce règlement ne pouvait porter atteinte au droit de nomination du préfet résultant des dispositions de la loi.

Dans le même sens on peut citer l'arrêt Vermeersch (22 juillet 1927) : les commissaires de police étant nommés et révoqués par décret, il n'appartient qu'au chef de l'Etat de déterminer les règles relatives au recrutement de ces agents. De même, arrêt Mayoux (13 décembre 1933, p. 1172). Il résulte de cette décision qu'un inspecteur d'académie ne peut limiter les pouvoirs de nomination d'un préfet.

Cependant si, sans accorder à une autorité le pouvoir de nomination, le texte organique de la fonction lui donne le droit de faire des présentations, cette autorité peut instituer un concours pour ces présentations. Mais le droit d'être présenté sera le seul effet du concours.

C'est ce que le Conseil d'Etat a décidé par un arrêt Defrance (6 août 1912, p. 973). En instituant un concours pour les présentations le maire ne fait qu'exercer le droit qui lui appartient, sans violer aucun texte réglementaire.

La décision est ainsi motivée : « Considérant que si, d'après les dispositions combinées de l'article 156 de la loi du 28 avril 1816 et de l'article 6 du décret du 13 avril 1861, les receveurs d'octroi sont nommés par les préfets sur la proposition des maires.

« Considérant, qu'en décidant qu'il serait procédé à un concours dans le but de connaître le degré d'aptitude professionnelle des candidats au poste de receveur d'octroi, le maire n'a fait qu'exercer le droit de présentation qui lui est reconnu par les textes précités, dans des conditions qui ne sont contraires à aucun règlement, considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté, que le sieur Baratte présenté par le maire à l'agrément du préfet a satisfait à toutes les prescriptions édictées en vue du concours ainsi institué ». La nomination n'est entachée d'aucun excès de pouvoir.

Telles sont donc les autorités qui peuvent légalement instituer un concours. Il nous faut maintenant étudier dans quelles conditions cette obligation peut être prescrite et quelles sont les sanctions que sa méconnaissance entraîne.

Section II

Conditions dans lesquelles l'administration peut instituer un concours ou en opérer le retrait

Les diverses administrations que nous avons énumérées sont libres d'instituer un concours à tout moment en vertu de leur pouvoir général de réglementation.

Il suffira seulement que l'autorité qui institue le concours tienne compte, le cas échéant, des dispositions déjà établies soit par une autorité qui lui est supérieure, soit par elle-même.

Le pouvoir de nomination est en effet discrétionnaire et les diverses modalités de son exercice sont réglées souverainement non seulement par la loi, mais encore par le pouvoir réglementaire en l'absence de dispositions contraires.

De ce que l'institution d'un concours est un acte réglementaire, deux conséquences peuvent être tirées :

Tout d'abord c'est que le concours peut être institué chaque fois que l'administration le juge utile, sans que personne ne puisse lui opposer un droit acquis.

La seconde conséquence a trait aux sanctions de l'obligation du concours.

En ce qui concerne le droit de l'administration d'établir un concours à toute époque, la jurisprudence le lui a reconnu rapidement.

C'est ainsi que par un arrêt du 28 mars 1890 (Drancy, S., 92-III-67) le Conseil s'est prononcé en ce sens. La décision est ainsi motivée :

« Considérant que... le Conseil municipal en décidant

par sa délibération du 11 juillet 1883 que le poste occupé par le sieur D., serait donné à partir du 31 suivant à un autre architecte rémunéré exclusivement par un traitement fixe et nommé au concours et le maire en révoquant ensuite le requérant par arrêté en date du 13 novembre 1883 n'ont fait que les actes rentrant dans leurs attributions et qui n'ont pu conférer au requérant aucun droit à indemnité ».

De même par l'arrêt Cotignac (7 janvier 1925, p. 52). Le Conseil d'Etat a décidé que c'était à bon droit que le Ministre de l'Intérieur avait rejeté la demande d'un inspecteur tendant à être nommé commissaire de police et n'ayant pas passé le concours nonobstant que l'intéressé aurait pu à une époque antérieure être nommé sans concours.

L'entrée au service public est rigoureusement régie par les textes applicables au jour de la nomination.

Ce principe est appliqué d'une façon constante et rigoureuse par la haute juridiction. Elle n'admet aucune exception.

Le fait d'avoir déjà passé avec succès un examen ou même un concours pour l'entrée de la même carrière est inopérant ; les candidats reçus à l'examen ou au concours n'ont aucun droit acquis à faire valoir au cas où l'administration estimerait nécessaire soit de substituer à l'examen un concours, soit de renforcer l'ancien concours par une nouvelle série d'épreuves. Enfin, même des promesses faites par un représentant de l'administration, même si celles-ci étaient prouvées, ne seraient pas susceptibles de faire échapper un candidat à l'obligation du concours.

Le Conseil d'Etat en a décidé ainsi par trois arrêts.

Par l'arrêt Avignier (18 novembre 1904, p. 708) les juges ont décidé que le fait d'avoir été classé après épreuves satisfaisantes sur la liste d'admissibilité à un emploi déterminé, recruté primitivement par voie d'examen auquel un concours a été substitué, ne confère au bénéficiaire de ce classement aucun droit à nomination future.

Mais de plus, par un arrêt du 11 juin 1909 (Association amicale des médecins des asiles publics d'aliénés, Sizaret et autres, p. 576) la haute juridiction a admis que l'administration pouvait légalement compléter les épreuves d'un concours par l'institution d'un autre concours. La décision est ainsi motivée :

« Considérant que les droits aux avantages résultant pour les fonctionnaires d'une réglementation faite par des décrets et des arrêtés ministériels sont subordonnés au maintien de ces décrets ou arrêtés et qu'en l'absence d'une disposition législative ayant statué sur cet objet, l'organisation fixée par un décret peut valablement être modifiée par un décret ultérieur ».

C'est l'application stricte du principe de l'indépendance du pouvoir réglementaire qui régit notre droit. La situation réglementaire est exclusive de tout droit acquis : celle-ci peut être modifiée à tous les instants : ainsi, un fonctionnaire ne peut se prévaloir d'une disposition légale ou réglementaire que si celle-ci n'a pas été abrogée. C'est le droit commun. Ainsi les requérants n'étaient pas fondés à demander l'annulation d'un décret du 12 avril 1907 qui avait subordonné à un concours spécial l'obtention des fonctions de médecin en chef des asiles publics d'aliénés du département de la Seine.

Par un troisième arrêt enfin, le Conseil d'Etat a décidé

que le fait même qu'une convention expresse serait intervenue entre un individu et l'autorité investie du pouvoir de nomination dans le but de lui réserver un emploi non encore vacant, ne saurait autoriser le bénéficiaire éventuel à nomination à se prévaloir d'un droit qui n'existe pas et à demander l'annulation d'une délibération mettant la place au concours au moment où elle est devenue vacante.

Ainsi en a-t-il été décidé dans l'arrêt *Douriez* (7 août 1903, p. 636) pour les motifs suivants :

« Considérant qu'il n'appartenait pas à la commission administrative des hospices, en réservant au sieur D., un emploi non encore vacant dans les services hospitaliers, de lier, pour le choix du titulaire de cet emploi, ceux à qui doivent incomber normalement le soin et la responsabilité de la nomination lors de l'ouverture de la vacance, qu'ainsi la délibération de la commission administrative du 12 juin 1896 n'a créé aucun droit au profit du sieur *Douriez* et que, par suite, sa requête doit être rejetée ».

Mais inversement, le texte instituant l'obligation du concours peut être rapporté à tout moment par l'autorité compétente. Une fois l'obligation du concours abrogée il faut un texte nouveau légalement fait, pour rétablir les épreuves. Entre temps les nominations doivent être faites par le chef de service, sans qu'il ait à exiger que le candidat ait subi les épreuves du concours.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat par les arrêts *Pitori*, *Apietto* et *Payna* du 19 décembre 1919 (p. 939) a annulé un arrêté d'un préfet annulant des nominations faites par son prédécesseur sans concours en vertu de la réglementation en vigueur. L'arrêt a été rendu dans les

circonstances suivantes : un arrêté préfectoral régulièrement pris avait modifié la réglementation préfectorale antérieure et décidé que les employés dont les aptitudes ont été reconnues suffisantes et qui justifient de trois ans de service minimum pourraient être nommés rédacteurs sans concours. Une nomination faite dans ces conditions est régulière et crée des droits en faveur des bénéficiaires auxquels il ne peut être porté atteinte. Il appartenait donc au préfet de modifier pour l'avenir cette réglementation du personnel des bureaux, mais il ne pouvait, sans excès de pouvoir, ni rapporter l'arrêté réglementaire de son prédécesseur, ni l'arrêté de nomination.

(Dans le même sens Chompret 16 février 1912, p. 235).
L'autorité compétente peut toujours modifier la réglementation en vigueur.

Section III

Valeur juridique de l'obligation du concours Sanction des irrégularités

L'agent est-il lié par sa déclaration de volonté lorsqu'une nomination a eu lieu sans concours ?

En droit pur il apparaîtrait qu'aucune sanction ne devrait intervenir ; cette solution très juridique a été admise un certain temps par le Conseil d'Etat.

Notamment dans l'arrêt Joubert de la Mothe 9 août 1893, p. 683. Le préfet n'avait pas nommé le candidat classé premier, mais les autres. Le Conseil a décidé qu'il s'agissait d'actes d'administration qui ne pouvaient être déferés par la voie contentieuse que pour vice de forme.

De même, dans l'arrêt Chalmette, 11 décembre 1908, p. 1023, première espèce. Le Conseil d'Etat a décidé :

« Considérant que l'article 14 de la loi du 7 août 1851 dispose que les commissions administratives des hospices et hôpitaux nomment les médecins et chirurgiens.

« Considérant que le sieur Breuil a été nommé à l'emploi de médecin spécialiste des hospices de Troyes par application du texte précité ; qu'alors même, ainsi que le soutient le requérant que, la commission administrative desdits hospices aurait pris l'engagement tacite de pourvoir à l'emploi mis par elle au concours le candidat qui lui serait présenté en première ligne par le jury, la méconnaissance de cet engagement qui ne constituerait ni la violation d'une loi, ni d'un règlement, ne saurait entacher d'illégalité une nomination faite par l'autorité compétente ni par suite donner lieu à un recours pour excès de pouvoir ».

En effet, l'article 14 de la loi du 7 août 1851 ne subordonne à aucune condition le droit de nomination des médecins et chirurgiens conféré aux commissions administratives des hôpitaux. Les amendements tendant à exiger que les nominations aient lieu nécessairement au concours ont été rejetés (D., 51-IV-67, note 15) et aucun règlement d'administration publique n'a déterminé dans quelles conditions la commission administrative devait user de son droit. Une nomination faite par elle dans une forme régulière ne peut par suite constituer la violation d'aucune loi, ni d'aucun règlement. Si la commission avait pris l'engagement de nommer un candidat remplissant telle ou telle condition, notamment s'il était classé premier dans un concours, la violation de cet engagement pourrait donner lieu à indemnité.

Mais sans examiner si cet engagement existe, il y a lieu d'appliquer la règle que le fait qu'un acte administratif fait grief à des droits résultant de contrats privés ne peut servir de base à un recours pour excès de pouvoir.

Mais depuis cette date, et par plusieurs arrêts, le Conseil d'Etat a admis que les limitations en question s'imposaient au respect de ceux qui les ont édictées dans des dispositions réglementaires et que leur inobservation par l'autorité dont elles émanent constitue un excès de pouvoir.

Ainsi lorsque l'administration a institué un concours elle se trouve liée par la décision qu'elle a prise et doit observer strictement la réglementation qu'elle a édictée, qu'il s'agisse d'un règlement fait par le chef de l'Etat ou par une autre autorité. Dans tous les cas l'inobservation de l'obligation du concours entraîne l'annulation des nominations intervenues.

Pendant la jurisprudence du Conseil d'Etat, en cette matière est très souple, et concilie harmonieusement la rigidité du droit et les nécessités d'une bonne administration.

Elle repose sur cette idée que les textes en matière de l'obligation du concours doivent être interprétés restrictivement et que demeure le principe suivant lequel le pouvoir de nomination est discrétionnaire.

Le Conseil d'Etat en tire les conséquences suivantes :

§ 1. *L'obligation du concours ne peut résulter
que d'un texte clair.*

Le juge veille à sa stricte application. Ainsi en a-t-il été décidé tout d'abord en ce qui concerne les règlements

faits par le chef de l'Etat, dans l'arrêt Alcindor (1^{er} juin 1906, p. 518) qui a prononcé l'annulation de nominations faites sans concours.

Cet arrêt est ainsi motivé :

« Vu la requête des sieurs Alcindor et autres, tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler pour excès de pouvoir quatre arrêtés en date des 12 février 1898, 23 mars 1900, 6 janvier 1902, 20 octobre 1903 par lesquels le Ministre de l'Intérieur a nommé le sieur Lacroissade rédacteur de quatrième classe, troisième classe et deuxième classe et sous-chef de bureau à l'administration centrale du Ministère de l'Intérieur.

« Ce faire attendu que le sieur Lacroissade n'a pas subi les épreuves du concours institué par l'article 9 du décret du 15 juillet 1897, que, d'autre part, il n'était au moment de sa nomination qu'auxiliaire de l'administration centrale du Ministère de l'Intérieur et n'avait pas dès lors qualité de fonctionnaire.

« Considérant qu'aux termes des dispositions combinées des articles 9 et 11 du décret du 15 juillet 1897 le personnel des rédacteurs du Ministère de l'Intérieur se recrute au moyen d'un concours annuel, mais que le ministre peut, après avis du Conseil des directeurs, appeler aux emplois de l'administration centrale dans la limite du quart des vacances dans chaque emploi des fonctionnaires du service extérieur du ministère ou d'autres administrations publiques.

« Considérant d'une part qu'il résulte de l'instruction que le sieur L., a été nommé rédacteur de quatrième classe à l'administration centrale du Ministère de l'Intérieur à la date du 12 février 1898.

« Considérant d'autre part qu'il est établi que le sieur

L., n'a pas subi les épreuves du concours institué pour le recrutement des rédacteurs du Ministère de l'Intérieur et qu'à la date de sa nomination il n'exerçait aucune fonction, soit dans les services extérieurs du ministère, soit dans une autre administration publique ; qu'il suit de là que les requérants sont fondés à soutenir qu'en nommant le sieur L., à l'administration centrale du Ministère de l'Intérieur le ministre a violé les prescriptions des articles 9 et 11 du décret du 15 juillet 1897 et que son arrêté est entaché d'illégalité en ce qui concerne le sieur L. »

L'arrêté du 12 février 1898 est annulé en tant qu'il nomme le sieur L., rédacteur de quatrième classe.

Par cet arrêt le Conseil d'Etat avait donc sanctionné l'obligation du concours lorsqu'elle était inscrite dans un décret. La solution donnée dans cette espèce devait être étendue aux collectivités publiques décentralisées, et aux établissements publics.

Par un arrêt Rageot (6 août 1909, p. 808) le Conseil d'Etat a, en effet, décidé, que le recours pour excès de pouvoir pouvait se fonder sur la violation d'un texte, une instruction ministérielle en l'espèce. Cet arrêt est ainsi motivé :

« Considérant que le Ministre de la Guerre... soutient que l'inobservation des prescriptions de l'arrêté ministériel, à la différence d'un texte légal ou réglementaire, ne peut servir de base à un recours pour excès de pouvoir.

« Considérant que l'instruction ministérielle ci-dessus rappelée a pour but d'assurer l'exécution du décret du 29 juillet 1899, et de donner des garanties au personnel de l'administration centrale du ministère ; qu'ainsi le

requérant est fondé à prétendre, contrairement à l'opinion du ministre que la méconnaissance des prescriptions qu'elle a édictées n'engage pas seulement la responsabilité du directeur vis-à-vis du ministre, mais constitue en outre une atteinte aux droits du personnel ».

C'est ainsi que l'obligation du concours a été sanctionnée non seulement lorsqu'elle avait été édictée par un décret, mais encore par des arrêtés du préfet ou du maire, ou enfin par un règlement d'hospice.

L'arrêt Grellet, 1^{er} décembre 1922, p. 899 sanctionne ce principe. Il est ainsi motivé :

« Considérant que les commissions administratives des hôpitaux sont libres pour assurer le recrutement du corps médical attaché à leurs établissements, soit de procéder par voie de nomination directe, sur le vu de titres ou d'épreuves qui ne sont pour elles qu'un des éléments d'appréciation, soit d'instituer sous des conditions qu'elles déterminent des concours dans lesquels l'ordre de classement constitue en faveur des concurrents un véritable droit.

« Considérant que dans la ville d'Elbeuf la commission administrative de l'hôpital et des hospices a édicté le 3 août 1900 un règlement approuvé par le préfet dont l'article 11 dispose que les médecins et chirurgiens sont nommés lorsque ce concours est possible ; que le 18 novembre 1919 la commission administrative a déclaré ouvrir un concours pour la nomination d'un médecin et qu'elle a arrêté la liste des candidats admis à y prendre part ; qu'il résulte, tant de l'article 11 ci-dessus rappelé du règlement de l'hôpital, que des termes même de l'affiche par laquelle le concours a été déclaré ouvert, que la commission administrative était liée pour la décision à

intervenir par le classement des candidats qui serait opéré par le jury ».

Par cette formule extrêmement nette, la haute juridiction montre bien qu'elle entend que l'obligation du concours une fois établie il n'est plus permis d'y déroger.

Dans le même sens : arrêt Gastel (4 août 1922) par lequel le Conseil a annulé la nomination d'un candidat, n'ayant pas passé le concours, et intervenue au préjudice d'un candidat ayant subi avec succès les épreuves du concours ; Thirion 30 décembre 1921, p. 1135.

Mais afin de faire observer strictement l'obligation du concours le Conseil d'Etat sanctionne également certaines pratiques administratives, qui, par des moyens indirects, auraient pour résultat de faire perdre son efficacité à ce mode de recrutement des fonctionnaires.

C'est ainsi que tout d'abord (arrêts *Avy* 2 décembre 1921, p. 1017 et *Le Samedi* 3 juin 1921, p. 546) elle reconnaît aux candidats le droit d'attaquer la décision fixant le nombre de places mises au concours si celle-ci viole un texte légal ou réglementaire. Il aurait été facile, en effet, pour l'administration, d'ouvrir un concours pour un nombre de places notoirement insuffisant pour combler les vacances et ensuite, sous prétexte qu'il n'y aurait plus eu de candidats provenant du concours, de nommer qui bon lui aurait semblé pour assurer le fonctionnement normal des services. De plus par un arrêt *Queinnec* (14 novembre 1919, p. 821), le Conseil d'Etat a sanctionné rigoureusement l'obligation du concours. Cet arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes : après un concours ayant eu lieu en 1913, toutes les places avaient été attribuées immédiatement. Par la suite le

ministre avait procédé à des nominations de candidats qui n'avaient pas subi les épreuves avec succès. Les nominations ont été jugées irrégulières. Il appartenait à l'administration d'ouvrir un nouveau concours. Il suffisait de rappeler le principe, les applications en seront examinées dans le chapitre suivant.

Enfin un procédé consistait à confier à des fonctionnaires nommés sans concours les mêmes attributions que celles réservées aux candidats ayant subi les épreuves du concours. Ce moyen détourné d'échapper aux obligations légales a également été sanctionné par le Conseil d'Etat.

Ainsi la haute juridiction a décidé dans l'arrêt Chompret (16 février 1912, p. 235) que la décision par laquelle le directeur de l'Assistance Publique de Paris confère à l'Ecole dentaire le service de l'inspection dentaire et du traitement du personnel et des administrés d'un hospice, qui dépend de cette administration, est entachée d'excès de pouvoir, car elle porte atteinte aux droits réservés aux dentistes des hôpitaux nommés au concours par le règlement du 1^{er} janvier 1908, auquel un arrêté général ne porte point de dérogation sur ce point.

Mais il convient cependant de remarquer que cette décision n'a été annulée que parce qu'elle était contraire au règlement de l'administration centrale de l'Assistance Publique du 1^{er} janvier 1908 ; l'arrêt réserve expressément à l'administration le droit d'apporter des modifications pour l'avenir, mais dans les formes légales.

Mais il faut qu'il s'agisse d'un texte clair. L'annulation des nominations est en effet subordonnée à l'existence d'un règlement légalement fait. Sinon le juge applique le principe général en vertu duquel le pouvoir de nomination est discrétionnaire.

§ 2. *Cas où il n'y a pas obligation de concours.*

Le principe est que les nominations aux fonctions publiques sont discrétionnaires et que ce pouvoir ne peut être limité que par un texte précis. A défaut donc de règlement impératif, le Conseil d'Etat interprète l'obligation du concours d'une façon restrictive.

Ainsi trois hypothèses peuvent se présenter : tout d'abord il y a absence de règlement ou celui-ci n'a pas été légalement fait. En second lieu, il y a un règlement, mais il résulte de ses termes que l'administration n'a pas entendu être liée. Enfin, le concours a été établi par une pure pratique administrative.

Tout d'abord il peut y avoir absence de règlement. Dans ce cas, le Conseil d'Etat ne peut évidemment obliger, à peine de nullité, l'administration à ouvrir un concours, et ceci même au cas où le recrutement d'une certaine catégorie de fonctionnaires se ferait au concours en vertu d'une pratique administrative. C'est ce qu'a décidé la haute juridiction dans un arrêt Duquesnoy (3 décembre 1920, p. 1034) ainsi motivé :

« Considérant que les requérants reconnaissent qu'aucun texte de loi, ou de règlement, ne fait obstacle à ce qu'un employé du service des écritures, soit avec sa classe et son grade, nommé dans le personnel du service des exercices ; que ni les décrets susvisés des 2 février 1907 et 17 mars 1908 ni aucune autre disposition en vigueur ne prévoient que le recrutement des commis principaux aux écritures sera assuré par la voie du concours ; que si, en fait, le directeur général des contributions indirectes a cru devoir, il y a quelques années, recourir à ce moyen d'apprécier l'aptitude des candidats aux fonc-

tions dont il s'agit, cette pratique n'a créé aucun droit en faveur des fonctionnaires de cette administration ; qu'il suit de là que les requérants ne sont pas fondés à soutenir... » Rejet.

Il en a été décidé de même dans l'arrêt Chauveau (26 décembre 1930, p. 1119). Il s'agissait en l'espèce de la nomination d'un professeur de droit, simple docteur en droit, qui n'avait pas passé le concours d'agrégation. Il appartenait au Conseil d'Etat de décider si les agrégés avaient un droit de préférence pour la nomination aux chaires de droit. D'après les textes un simple docteur pouvait être nommé ; c'est ainsi que l'arrêt est motivé :

« Considérant qu'aux termes de l'article 6 du décret du 22 août 1854, auquel s'est référé le décret du 28 décembre 1883 sur l'organisation des Facultés « pour être nommé professeur il faut être âgé de 30 ans au moins, être docteur dans l'ordre de cette Faculté et avoir fait pendant deux ans au moins soit un cours dans un établissement de l'Etat, soit un cours particulier dument autorisé, analogue à ceux qui sont professés dans les Facultés, et que la loi du 30 décembre 1909 a déclaré applicables au recrutement des professeurs de la Faculté d'Alger les règles suivies pour les Facultés de la métropole.

« Considérant que si le recrutement des professeurs des Facultés de droit est généralement assuré par la nomination de docteurs en droit ayant subi avec succès les épreuves du concours d'agrégation de ces facultés, cette circonstance ne saurait, en l'absence d'une mesure spéciale d'ordre législatif ou réglementaire, faire échec à la disposition précitée du décret du 22 août 1854 ».

Les textes ne faisaient pas obstacle à la nomination comme professeur de droit d'un simple docteur ; mais le

Conseil a de plus examiné la question du détournement de pouvoir, et n'a pas admis ce moyen.

Cet arrêt montre avec beaucoup de clarté le sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle prend pour base que le pouvoir de nomination étant en principe discrétionnaire, il ne peut être limité que par un texte, et que celui-ci doit être interprété restrictivement.

Ainsi donc, le Conseil d'Etat ne sanctionne l'obligation du concours que lorsque celle-ci résulte d'un texte précis et légalement fait ; dans tous les autres cas le principe général du pouvoir discrétionnaire de nomination doit être appliqué.

Il en est de même lorsque le règlement existe mais qu'il n'a pas été légalement fait. Ainsi, dans l'arrêt Defrance (6 août 1912, déjà cité) le Conseil d'Etat n'a pas sanctionné l'obligation du concours institué par le maire, parce que celui-ci ne pouvait réglementer un pouvoir de nomination qui appartenait au préfet.

Enfin, même au cas où le règlement existe et qu'il a été légalement fait, le Conseil d'Etat examine si l'obligation du concours se rapporte bien aux fonctions pour lesquelles la nomination attaquée est intervenue.

Ainsi dans l'arrêt Ollive (24 novembre 1926, p. 1007) le Conseil avait à décider si un officier de port en Indo-Chine pouvait être nommé sans concours. Il a répondu par l'affirmative parce que l'arrêté du Gouverneur du 20 juin 1921, sur lequel était fondé le recours, n'institue un concours obligatoire que pour les agents du cadre permanent. En nommant donc un lieutenant de port à titre temporaire, l'administration n'avait commis aucun détournement de pouvoir. S'il s'était agi d'un agent du cadre permanent, le Conseil d'Etat aurait au contraire annulé la nomination.

Il en a été décidé de même dans un arrêt Nivière (23 octobre 1929, p. 921). Le Conseil d'Etat a admis dans cette espèce qu'un maire n'avait commis aucun excès de pouvoir en nommant sans concours les titulaires de deux emplois municipaux, alors que les règlements portant statut des agents de la ville ne spécifiaient pas que ces emplois seraient attribués après concours.

Enfin, une dernière condition doit être remplie : en instituant le concours il est nécessaire que l'administration ait entendu être liée par ses résultats, pour que le Conseil d'Etat en sanctionne l'obligation.

C'est ainsi que dans les arrêts Grellet (1^{er} décembre 1922, p. 899) et Sans (19 décembre 1924, p. 1044) le Conseil a annulé des nominations faites en violation des règles du concours, parce qu'il résultait des textes que l'administration avait entendu être liée par les résultats de ces épreuves.

Mais il existe des cas où l'administration tout en ayant institué l'obligation du concours, a décidé que certains candidats pouvaient en être dispensés, à la condition qu'ils remplissent certaines conditions. La jurisprudence du Conseil d'Etat est dans ce cas restrictive, elle n'admet pas que par ce moyen, l'administration tente d'échapper à l'obligation du concours.

Elle examine tout d'abord si le candidat, ou le fonctionnaire nommé, se trouvait dans une des catégories prévues par la dispense de concours. Le Conseil doit apprécier ici la portée des textes réglementaires invoqués dans le recours. La solution varie avec chaque espèce, mais l'ensemble des décisions prouve que les juges n'admettent la dispense que lorsque le texte prouve clairement que l'administration n'a commis aucun excès de pouvoir.

Les deux arrêts suivants montrent le soin qu'apporte la juridiction à ne pas laisser les dispenses de concours neutraliser l'efficacité du recrutement par concours. Arrêts Lestang (12 mai 1922, p. 423) ; Vaitilingam (15 juin 1932, p. 573).

Dans l'arrêt Colnot du 24 juillet 1914, p. 902 la haute juridiction a décidé que des rédacteurs de première classe qui, au moment de l'application de l'arrêté dispensant du concours pour l'emploi de sous-chef, les rédacteurs principaux n'avaient pas obtenu ce dernier emploi et n'avaient à cette date aucun droit acquis à y être nommés, ne sont pas fondés à soutenir qu'ils ne devraient pas avoir à passer le concours prévu par un arrêté de 1911, par le motif que si toutes les vacances avaient été comblées ils auraient pu obtenir l'emploi de rédacteur principal au cours des trois années précédent ce dernier arrêté.

De même, par un arrêt du 8 décembre 1916 (Association amicale du personnel de l'administration centrale du Ministère du Commerce, p. 527) le Conseil d'Etat a décidé que lorsqu'un texte prévoit la dispense du concours pour la nomination de rédacteur en faveur des expéditionnaires nommés avant une certaine date, un auxiliaire ne peut se prévaloir de cette disposition. Car les dispositions régissant les cadres ne prévoyaient pas cet emploi. Le requérant n'était donc pas fondé à se prévaloir de la disposition prise en faveur des expéditionnaires.

Les cas de dispense de concours sont donc contrôlés étroitement par la jurisprudence du Conseil.

Celui-ci examine ensuite les titres des candidats. Bien que dispensés du concours, les candidats doivent cependant posséder certains titres pour être nommés

fonctionnaires. Il appartient au Conseil d'Etat de vérifier l'exactitude de ces titres.

Ceux-ci dépendent évidemment du texte prévoyant la dispense de concours. C'est ainsi que, dans un arrêt Feneck (16 juin 1913, p. 1288) le Conseil a décidé qu'en l'espèce les candidats dispensés du concours n'avaient à remplir que les conditions générales d'âge, de nationalité et de service militaire énumérées au troisième paragraphe du règlement.

Mais un arrêt dont la portée est plus générale a été rendu le 9 mars 1923 (Association professionnelle et amicale des chefs et rédacteurs du personnel intérieur de la préfecture de la Seine, p. 237).

Il existe en effet des dispenses de concours assez nombreuses en faveur de fonctionnaires qui ont déjà accompli dans une administration quelconque un certain nombre d'années de services. Celles-ci permettent de connaître les capacités du candidat, mais elles doivent avoir été réellement exercées. C'est ce qu'a décidé le Conseil dans l'arrêt précité : si le candidat n'a pas exercé effectivement les fonctions exigées, si sa nomination a été faite uniquement pour ordre, il ne remplit pas les conditions exigées pour être dispensé du concours et sa nomination doit être annulée.

Enfin le Conseil a admis que sont dispensés du concours les agents occupant une fonction assimilée à celle à laquelle le concours donne accès.

C'est ce qu'il a décidé par l'arrêt Callet (28 octobre 1921, p. 894). Le décret du 8 juillet 1914 ayant assimilé tant au point de vue de leur recrutement que de leur accession au poste de directeur, les receveurs, les économes et les secrétaires de direction des asiles publics d'aliénés,

les fonctionnaires déjà pourvus d'un emploi dans l'une de ces trois catégories peuvent, même après la mise en vigueur de ce décret, passer directement de l'un à l'autre desdits emplois, sans être soumis à l'obligation du concours.

Mais il faut qu'il s'agisse de fonctionnaires titulaires de leur emploi. Un agent démissionnaire ne saurait en effet se prévaloir valablement de cette facilité (Ser. 22 juillet 1921, p. 755) car il a quitté le service public. Il n'y est rattaché par aucun lien et sa réintégration dans les services ne peut être que l'œuvre d'une nouvelle nomination ; or celle-ci ne peut intervenir que conformément aux règlements en vigueur. Si un concours est obligatoire, un agent démissionnaire ne peut donc en être dispensé.

CHAPITRE IV

CONDITIONS DU CONCOURS LE RÈGLEMENT DU CONCOURS

Les conditions du concours, c'est-à-dire la détermination des catégories de personnes pouvant y prendre part, la fixation du nombre des places mises au concours, de la date et de la forme des épreuves, sont déterminées par l'administration ; c'est ce qu'on appelle le règlement du concours.

Ce règlement doit obéir à des règles de forme et de fond. Des dispositions d'ordre légal, réglementaires et même jurisprudentielles imposent à l'administration l'observation de certaines règles.

§ 1. *Conditions de forme.*

A. Au point de vue forme tout d'abord le règlement doit avoir été établi par l'autorité compétente et suivant la procédure régulière.

C'est ainsi que certains règlements de concours ne peuvent être pris qu'après l'avis de certains corps. L'inobservation de cette formalité entraîne l'illégalité

du règlement et, de plus, l'annulation des épreuves et des nominations suivant la règle de l'indivisibilité des opérations du concours.

Ainsi, dans l'arrêt Antoine (13 novembre 1924, p. 872) le Conseil d'Etat a annulé un concours pour une chaire de professeur à l'Ecole nationale d'agriculture, parce que l'arrêté fixant les conditions du concours et la composition du jury avait été pris sans l'avis préalable du Conseil de l'inspection générale.

De même par la décision du 26 mars 1926, p. 365 (Dorlencourt) le Conseil d'Etat a décidé qu'était illégal, pour le concours de l'agrégation de médecine, un arrêté créant une section spéciale, sans avis du Conseil supérieur de l'Instruction Publique. Le concours a été annulé.

Mais le Conseil d'Etat apporte des limites très justes à ce principe. Le Conseil se refuse en effet à annuler une décision prise sans les avis requis par les dispositions légales et réglementaires, si cette décision ne fait que reproduire une décision antérieure qui, elle, avait été approuvée dans les formes prescrites. Ainsi en a-t-il été décidé par l'arrêt Gardré (24 janvier 1908, p. 263). Les requérants soutenaient que les conditions du concours avaient été imposées en dehors de tout avis du Conseil de surveillance de l'Assistance Publique. Le Conseil d'Etat a rejeté le moyen en fait car l'affiche du concours ne faisait que reproduire les dispositions des arrêtés régulièrement pris à la suite de ces avis.

Un moyen tiré de ce que le conseil chargé de la détermination du règlement aurait été irrégulièrement composé serait également de nature à entacher les épreuves de nullité ; c'est ce qui résulte implicitement de l'arrêt Colnot (24 juillet 1914, p. 902). Mais dans cette espèce

le moyen a été rejeté en fait car les requérants ne prouvaient pas l'irrégularité qu'ils alléguaient.

B. *Date de la publication des conditions du concours.* — Le règlement, pour être régulier, doit encore être publié à une certaine date, après laquelle il ne pourra plus être modifié.

Une distinction doit être établie entre deux catégories de dispositions. Les unes ont pour objet de fixer le nombre de places mises au concours, les autres la forme même des épreuves.

a. *Nombre de places.* — La plupart des règlements de concours prévoit que le nombre des admissions à prononcer ne pourra être augmenté après l'ouverture du concours. Si l'administration viole cette disposition le Conseil d'Etat annule les admissions supplémentaires prononcées après l'ouverture du concours, mais décide que les admissions régulièrement prononcées produisent leur plein effet.

Ainsi en a-t-il été décidé dans l'arrêt Somnier (10 avril 1908, p. 399). L'article 8 de l'arrêté du Gouverneur général de l'Algérie du 25 novembre 1897 disposait que « l'arrêté portant ouverture du concours déterminera toujours le nombre maximum des admissions à prononcer ». Le Conseil d'Etat a ainsi motivé sa décision :

« Considérant que, si l'article 1^{er} de l'arrêté du 27 mars 1906 fixait à cinq le nombre maximum des admissions à prononcer, le Gouverneur général a pu, antérieurement à l'ouverture du concours, modifier le nombre ainsi déterminé par un second arrêté et l'élever à huit. Mais considérant que l'article 8 précité de l'arrêté du 25 novembre 1897 s'opposait à ce qu'une modifica-

tion fut apportée au nombre des places postérieurement à l'ouverture du concours, que, par suite, le requérant est fondé à soutenir que le Gouverneur général en élevant à neuf, par une décision prise, lorsque les épreuves du concours étaient terminées, le nombre des admissions à prononcer, a commis un excès de pouvoir. Article 1^{er}. La décision du Gouverneur général est annulée en tant qu'elle porte à neuf le nombre maximum des admissions à prononcer à la suite du concours ouvert le 5 juin 1906 ».

De même, par un arrêt Quinart (1^{er} décembre 1933, p. 1122), le Conseil d'Etat a annulé une décision du Ministre de la Guerre par laquelle il avait modifié le nombre de places mises au concours pour l'Ecole Polytechnique, après l'expiration du délai réglementaire qui lui était imparti pour la fixation de l'effectif normal.

Ainsi, lorsque le délai après lequel aucune modification du nombre de places est fixé par un texte réglementaire aucune difficulté particulière ne peut être soulevée. Le Conseil se borne à appliquer strictement la disposition invoquée.

Mais dans le silence des textes il semble que l'administration ne puisse modifier le nombre de places après l'ouverture du concours. Ce serait en effet un moyen très facile d'éluder les obligations résultant de ce mode de recrutement.

b. *Conditions des épreuves.* — En ce qui concerne les conditions relatives à la forme des épreuves, il suffit de rappeler qu'en vertu du pouvoir réglementaire qui lui appartient l'administration peut toujours les modifier. Il lui est possible d'établir une réglementation plus rigoureuse, et aucun droit acquis ne peut lui être opposé

(Association des médecins des asiles publics d'aliénés, 28 mai 1909, p. 576 ; Cousin 10 juillet 1930, p. 735).

Mais ces modifications ne peuvent intervenir qu'avant la clôture du registre des inscriptions. C'est ce qui résulte d'un arrêt Pruvost (2 juillet 1909). Il importe, en effet, pour donner tous ses effets à la procédure du concours, que les candidats connaissent exactement les conditions des épreuves. Si celles-ci étaient par exemple facilitées après la clôture du registre des inscriptions, certains candidats auraient pu ne pas s'inscrire redoutant des épreuves trop difficiles. Ainsi le choix de l'administration ne porterait que sur un nombre réduit de concurrents.

Enfin, il n'existe aucun lien nécessaire entre la fixation des conditions des épreuves et le nombre de places mises au concours. Elles peuvent être publiées séparément.

C'est ce qui résulte d'un arrêt Colnot (24 juillet 1914, p. 902). Dans cette affaire le Conseil a décidé que les conditions des épreuves peuvent légalement être publiées après l'arrêté mettant un certain nombre de places au concours.

Les candidats ne subissent aucun tort de ce chef : il n'y a pas atteinte au principe de l'égalité entre eux. Et, d'autre part, le pouvoir réglementaire, sauf les limites déterminées, peut s'exercer en toute indépendance, du moment qu'il n'a en vue que le bon fonctionnement des services publics.

§ 2. *Conditions de fond.*

Quant au fond, les conditions du concours ne doivent violer aucune disposition réglementaire et être prises en vue du bon fonctionnement des services.

Ici le pouvoir discrétionnaire de l'administration tient une grande place. C'est, en effet, à l'autorité qui institue le concours et qui, par la suite, devra nommer les candidats reçus, qu'il appartient de déterminer les catégories de candidats qui pourront se présenter, ainsi que des connaissances qu'ils devront posséder.

En ce qui concerne les conditions qu'il faut remplir pour être admis à concourir l'administration jouit d'une très grande latitude.

Elle peut fixer librement les conditions d'âge, de sexe, de nationalité, d'aptitudes physiques, de services antérieurs, en toute liberté. Il s'agit ici de questions relevant presque entièrement de la pure opportunité administrative que le juge ne peut contrôler, si ce n'est au seul point de vue de la légalité.

C'est ainsi que, par un arrêt Gardré du 24 janvier 1908, (p. 82) le Conseil a décidé que l'administration pouvait légalement exiger d'un candidat la production d'un certificat de bonne vie et mœurs.

La décision ne tomberait sous la censure du Conseil d'Etat que s'il y avait violation d'un texte légal ou réglementaire. La jurisprudence nous fournit deux exemples de l'examen de la légalité des conditions d'admission à concourir.

Le premier arrêt (Syndicat des chirurgiens dentistes de France, 26 mars 1920, p. 361) a été rendu dans les circonstances suivantes :

La commission administrative des hospices d'une ville avait décidé de créer un poste de dentiste stomatologiste, et d'ouvrir un concours en vue de la nomination du titulaire du poste. Seuls devaient être admis à concourir les docteurs en médecine ; le règlement n'exigeait pas qu'ils aient en outre le diplôme de chirurgiens dentistes.

Sur recours du syndicat des chirurgiens dentistes le Conseil a décidé qu'en fait c'était à tort que la délibération attaquée avait qualifié de chirurgien dentiste le futur titulaire du poste mis au concours mais que cette erreur de qualification ne saurait entraîner l'annulation de la délibération.

Par un second arrêt Desplax et Fauroux (30 octobre 1934) le Conseil était également saisi de la légalité des conditions admettant les candidats à concourir.

Une disposition du règlement du personnel municipal d'une ville prescrivait que nul ne peut être promu à un emploi ou à un grade supérieur s'il ne détient déjà le grade ou l'emploi immédiatement inférieur.

Le maire créa un emploi nouveau de surveillant général du service du nettoyage, qui devait être attribué au concours.

Un surveillant ordinaire du service déféra cette décision au Conseil d'Etat ; il prétendait que le concours, en vertu de la délibération rappelée ne devait être ouvert qu'aux agents de la catégorie à laquelle il appartenait.

Le Conseil a rejeté le moyen en considérant que le concours institué pour le recrutement d'un emploi nouvellement créé ne constituait pas un nouvel échelon de la hiérarchie, mais un emploi nouveau qui peut être valablement ouvert à tous les employés municipaux.

Ainsi, en ce qui concerne les conditions de l'admission à concourir, l'administration jouit d'une très grande latitude et ne voit son pouvoir limité que par des dispositions formelles.

Il en est de même pour la fixation du nombre des places mises au concours et de la détermination des connaissances dont devront faire preuve les candidats. Ce sont des questions d'opportunité administrative

essentiellement, et le contrôle du juge ne pourra jouer que lorsqu'une disposition légale ou réglementaire aura imposé certaines obligations à l'administration.

Pour les vacances à pourvoir, c'est le chef de service qui a toute compétence pour en déterminer le nombre, à moins que certaines dispositions n'aient expressément spécifié les conditions dans lesquelles devront intervenir les nominations.

Dans certains services, en effet, il est établi par le règlement organique que les nominations seront faites tantôt au concours, tantôt par voie de nomination directe d'après une proportion fixée. Il est ainsi facile d'établir le nombre de places qui devront être pourvues par la voie du concours. Si, dans ce cas, le chef de service ne mettait pas au concours toutes les places vacantes, à moins de suppression de postes, les candidats pourraient former un recours. C'est ce qui résulte de l'arrêt *Le Samedy* (3 juin 1921, p. 546) et *Quiennec* (14 novembre 1921, p. 821).

Enfin, en ce qui concerne les épreuves, le pouvoir de l'administration est encore extrêmement large et n'est limité que par la violation d'un texte et la nécessité de n'agir qu'en vue du bon fonctionnement des services.

C'est ainsi que, par l'arrêt *Bérillon* du 13 juillet 1917, (p. 571) le Conseil d'Etat a décidé que d'après le statut de l'agrégation il doit être ouvert non un concours unique, pour la désignation des agrégés des Facultés de médecine, mais autant de concours distincts qu'il y a de sections définies par le règlement et dans lesquelles il doit être pourvu à des nominations d'agrégés près les diverses Facultés.

Telles sont les conditions générales des concours, il convient d'en examiner l'application.

CHAPITRE V

L'ADMISSION A CONCOURIR

Cette formalité de l'admission à concourir, dont l'objet est de n'admettre aux épreuves que les candidats agréés par le chef de service de l'administration dans laquelle il y a des postes vacants, n'est pas spéciale à la matière des concours.

Elle se retrouve, en droit administratif, chaque fois que l'administration ayant recours à un mode de désignation mettant obstacle à un plein pouvoir d'appréciation, ne veut pas se trouver en face de candidats qu'elle serait obligée d'agréer : par exemple, de candidats, peut-être très capables, mais dont la conduite antérieure mettrait obstacle à leur entrée dans l'administration.

Il en est ainsi pour les adjudications de marchés et de travaux publics, où ne sont accueillies que les soumissions d'entrepreneurs offrant des garanties suffisantes. Les mauvais entrepreneurs ou ceux qui semblent douteux en sont exclus.

Il en est de même en matière de concours ; l'adminis-

tration n'admet que les candidats qu'elle sera susceptible de nommer.

La liste des candidats admis à concourir est donc établie discrétionnairement par le chef de service. Cependant celui-ci ne peut empêcher un candidat de concourir que pour des motifs sérieux tirés de la nécessité du bon fonctionnement des services publics. Et c'est ainsi que le Conseil d'Etat peut contrôler la légalité des exclusions de concours.

C'est cette jurisprudence que nous allons examiner.

Section I

Les candidatures, conditions de forme

L'administration et les candidats doivent respecter les formes imposées par les lois et règlements. La jurisprudence du Conseil d'Etat est cependant libérale en cette matière.

Cette question revêt deux aspects : tout d'abord les concours doivent être l'objet d'une certaine publicité, de façon à permettre l'inscription du plus grand nombre de candidats. Ensuite les inscriptions en vue du concours doivent avoir été prises dans un certain délai.

En ce qui concerne la publicité du concours, le Conseil d'Etat considère comme illégales les nominations faites après un concours qui n'a pas été l'objet d'une publication régulière.

Par un arrêt du 13 mai 1921 (Union des associations professionnelles du personnel civil des administrations centrales) il a décidé qu'une liste de candidats ne pouvait être arrêtée alors qu'aucun délai n'avait été imparti pour

les candidatures. Des nominations faites à la suite d'une telle procédure sont irrégulières.

Il pouvait s'agir en effet de manœuvres destinées à éluder les obligations du concours.

De même, par un arrêt Bérillon (13 juillet 1917) les juges ont examiné si l'ouverture du concours avait été régulièrement annoncée.

Par un arrêt Hastens (29 mai 1924, p. 662) le Conseil a décidé qu'une circulaire permettant de poser les candidatures dans un certain délai pouvait être valablement publiée par une insertion au *Journal Officiel*.

Le Conseil examine donc si la publicité nécessaire au bon recrutement de l'administration a été faite, et dans le cas où il estime que le concours n'a pas été suffisamment annoncé, il annule les nominations intervenues.

Lorsque le concours a été l'objet d'une publicité suffisante il appartient aux candidats de s'inscrire en temps utile. Les délais en effet doivent être observés à peine de déchéance.

Cependant il importe de remarquer que ces délais doivent avoir été régulièrement fixés.

Le contrôle du Conseil porte sur ce point. Il examine si toutes les prescriptions légales ou réglementaires ont été remplies. C'est ce qui résulte d'un arrêt Bérillon (13 juillet 1917, p. 573). Dans cette affaire le recours a été rejeté parce qu'il avait été satisfait, en ce qui concerne les délais d'inscriptions, à toutes les prescriptions des règlements. .

Mais inversement par un arrêt Caubet (26 mars 1909, p. 521) le Conseil a décidé qu'une candidature posée après l'expiration d'un délai fixé en dehors de tout texte réglementaire, est néanmoins valable.

Cette décision ne soulève aucune difficulté. Le rôle du Conseil d'Etat consiste en effet à faire respecter la loi, il ne pouvait donc déclarer irrecevable une candidature qui avait été déposée après l'expiration d'un délai qui n'avait pas été fixé par un acte réglementaire.

La haute juridiction se montre libérale au cas d'erreur de texte; elle a admis la validité d'une candidature d'un agent remplissant les conditions d'aptitudes exigées alors qu'il avait invoqué un texte qui ne visait pas son cas.

Toutefois, une candidature n'est pas valable lorsqu'elle a été posée à la suite d'un avis erroné, et non renouvelée à la suite d'un avis rectificatif (10 décembre 1920, Legros, p. 1058).

C'est la stricte application des dispositions légales et réglementaires. La première inscription était nulle et il appartenait aux candidats de la renouveler en temps utile.

Enfin, pour que la candidature puisse être examinée par l'administration, il importe que les candidats joignent à leur demande toutes les pièces exigées par le règlement du concours.

La présentation des pièces, que des dispositions légales et réglementaires exigent des candidats, présente une grande importance.

C'est en effet, la plupart du temps, en fonction de ces pièces que le chef de service admettra le candidat à concourir ou au contraire refusera sa participation aux épreuves. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'administration fait une enquête approfondie sur les candidats et encore les pièces exigées constituent-elles la base essentielle du dossier. Tels sont l'acte de nais-

sance, le certificat de bonne vie et mœurs exigés la plupart du temps. La production de ces documents est indispensable à la vérification tant de l'âge du candidat que de sa moralité ; le chef de service ne peut s'en passer.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat sanctionne rigoureusement le défaut de production de ces pièces.

Dans l'arrêt *Leloutre* (4 novembre 1921, p. 911) le Conseil d'Etat a décidé que le Ministre de l'Instruction Publique n'avait pas excédé ses pouvoirs en refusant d'inscrire un candidat sur la liste de ceux admis à participer aux épreuves du concours d'agrégation de droit, alors que la demande n'était pas accompagnée des pièces annexes exigées par le statut du 16 novembre 1874.

L'administration a un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou refuser l'inscription, mais il importe que toutes les conditions qui lui sont imposées par des textes, en vue d'éviter l'arbitraire dans ce choix, soient rigoureusement observées.

C'est ainsi que, pour certains concours, la liste des candidats est arrêtée, non par le chef de service seul, mais sur la proposition de certains agents (*Ecole Forestière*) ou après certaines approbations (*auditorat au Conseil d'Etat*), après certains avis (*agrégés des Facultés*) ou enfin à la suite d'enquêtes.

L'administration, pour exercer valablement son pouvoir discrétionnaire, doit se placer dans les meilleures conditions pour rendre un avis impartial, c'est-à-dire qu'elle doit observer toutes les dispositions réglementaires.

En cette matière le Conseil d'Etat se borne à appliquer strictement les dispositions réglementaires mais il ne se reconnaît aucun pouvoir à les élargir et accorder des garanties supplémentaires aux candidats.

C'est ainsi que par un arrêt Hugues (23 mars 1923, p. 276) le Conseil a décidé qu'une commission obligatoirement consultée pour les nominations, ne l'était pas pour les candidatures.

Quant aux garanties elles-mêmes elles varient suivant les concours et le Conseil applique à chaque espèce le texte approprié. Les avis, par exemple, sont tantôt obligatoires et tantôt facultatifs pour le chef de service.

C'est ainsi que par un arrêt Musard (28 novembre 1929, p. 1045) le Conseil a décidé que le chef de service avait agi légalement. Cet arrêt a été rendu dans les circonstances suivantes : les rédacteurs de l'administration centrale du Ministère des Colonies étaient recrutés par voie de concours, notamment parmi d'anciens agents de l'administration locale des colonies. L'article 10 du décret du 23 mai 1896, disposait que les demandes de ces candidats devaient être appuyées d'un avis favorable du chef de la colonie, dont ils relevaient. Le ministre n'avait donc commis aucun excès de pouvoir en n'inscrivant pas sur la liste des admis à concourir un adjoint des services civils de l'A.O.F. dont la demande avait fait l'objet d'un avis défavorable du Gouverneur général. Mais si, au contraire, il avait admis la candidature, sa décision aurait été entachée d'excès de pouvoir, car il était lié par le règlement du concours. Son choix ne pouvait se porter que sur des candidats agréés par le chef de la colonie.

Ainsi donc la seule conclusion que l'on puisse tirer de cette matière, c'est que le Conseil d'Etat veille à la stricte application de toutes les garanties de procédure dont doit s'entourer le chef de service avant de prendre une décision.

Section II

Pouvoir de l'administration

Contrôle du juge

La plupart des règlements de concours confèrent au chef de service le droit d'arrêter la liste des candidats admis à concourir. Ce pouvoir est discrétionnaire. Que doit-on entendre par là, et quels sont les pouvoirs de l'administration en cette matière; c'est ce que nous allons rechercher.

Le pouvoir discrétionnaire, selon MM. Duguit et Hauriou, consiste dans la liberté d'appréciation laissée à l'administration sur l'opportunité des décisions à prendre. Le pouvoir discrétionnaire s'oppose à la compétence liée.

Si, théoriquement, il n'y a peut-être qu'une bonne décision à prendre, pratiquement, étant données les difficultés que rencontre l'administration active, il est indispensable que celle-ci possède une certaine liberté.

C'est ainsi qu'un pouvoir discrétionnaire lui a été reconnu. S'il n'existait pas, en effet, et si le juge pouvait contrôler tous les actes de l'administration, il y aurait deux administrations superposées, dont une, les tribunaux supérieurs, seraient irresponsables.

L'administration, d'une part, supporterait mal un contrôle trop minutieux et d'autre part les tribunaux, dotés de pouvoirs trop larges perdraient leur indépendance.

Le pouvoir discrétionnaire étant ainsi une nécessité, il est normal qu'il appartienne à l'administration qui est

la seule à pouvoir juger des mesures nécessaires au fonctionnement des services publics. Elle possède, en effet, l'expérience, les moyens d'information et l'esprit pratique.

L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est limité par le but de l'intérêt public. Il ne doit pas être confondu avec un pouvoir arbitraire en vertu duquel l'autorité agirait suivant son seul caprice.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat s'est reconnu, dans certaines conditions, le pouvoir de contrôler des actes discrétionnaires.

Ainsi, par un arrêt Lespinasse (4 août 1905) il a annulé une décision du Ministre de la Guerre excluant un certain fournisseur des adjudications pour raisons politiques. Il y avait eu en l'espèce détournement de pouvoir.

Cette théorie a été aussi appliquée en matière de concours.

L'admission des candidats à un concours a été longtemps considérée comme rentrant dans le pouvoir absolu de l'administration. On avait érigé en principe que le Gouvernement devait rester libre du choix de ses fonctionnaires, et qu'il n'avait aucunement à rendre compte au juge des motifs ayant pu déterminer ce choix.

Peu à peu on se rendit compte que, sur ce point, les anciennes conceptions ne pouvaient plus être intégralement maintenues, et on finit par admettre qu'en cette matière l'exercice du pouvoir qui appartenait au Gouvernement devait suivre le sort de tous les actes administratifs et être susceptible de tomber sous le contrôle du juge.

L'arrêt Bouteyre (10 mai 1912) rendu à propos d'un refus d'admission à concourir, reconnaît implicitement

que des refus de ce genre ne peuvent être absolument discrétionnaires.

Avant d'examiner avec quelque détail la jurisprudence du Conseil en matière de concours, il importe de rappeler les principes généraux que le juge suit en la matière.

§ 1. *Théorie générale du contrôle
des actes discrétionnaires.*

Il est de principe que les agents ne doivent agir qu'en vue du bon fonctionnement des services. Le législateur a fixé une mission à chaque fonction, et si son titulaire lui donne une autre interprétation son action est incorrecte.

Mais, de plus, l'administrateur ne doit jamais oublier qu'il poursuit un but d'intérêt public et qu'il ne doit pas commettre d'actes arbitraires.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat, conformément à sa mission, qui consiste à assurer le bon fonctionnement des services, a apporté certaines limites au pouvoir discrétionnaire des agents publics.

Ce contrôle juridictionnel des actes discrétionnaires trouve son fondement dans la théorie des motifs déterminants.

Le Conseil d'Etat s'est reconnu le pouvoir d'examiner le but qu'avait poursuivi l'agent public en prenant telle décision. Ce but s'appelle le motif déterminant.

Ainsi le motif qui inspire un acte doit être licite, de la compétence du fonctionnaire, et enfin répondre à l'esprit de la loi qu'il applique. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies le motif déterminant de l'acte étant inexact

ou illégal, le Conseil d'Etat annule la décision elle-même.

Pour que ce contrôle puisse s'exercer il importe que l'acte soit motivé, mais il convient de remarquer que, même si la loi ne prescrit pas à l'agent de motiver sa décision à peine de nullité, celui-ci est toujours libre de donner des motifs. Dans ce cas le contrôle du Conseil d'Etat peut s'exercer. D'après M. le Professeur Jèze cependant, la jurisprudence du Conseil serait moins stricte en ce cas. Enfin, le juge peut toujours rechercher si l'acte révèle l'intention de l'auteur.

Tel est le domaine dans lequel peut s'exercer le contrôle du juge sur les actes discrétionnaires.

La décision par laquelle l'administrateur admet ou refuse l'inscription d'un candidat sur la liste des admis à concourir peut être fondée sur deux catégories de motifs :

Elle peut, tout d'abord, invoquer des dispositions d'ordre légal ou réglementaire qui s'opposent à la participation aux épreuves d'un candidat.

Elle peut, d'autre part, se fonder sur des considérations tirées de l'intérêt général du service. Nous examinerons successivement ces deux catégories de motifs et quelles sont les conséquences qu'en tire le Conseil d'Etat.

Correspondant à ce double aspect, le contrôle du juge peut revêtir deux formes différentes : il peut examiner tout d'abord si les motifs se justifient juridiquement, et s'il n'y a pas eu détournement de pouvoir. En second lieu, la décision s'appuie-t-elle sur des faits matériellement exacts et le chef de service en a-t-il tiré les conclusions juridiques qui s'imposaient ? C'est la question du contrôle juridictionnel des faits.

§ 2. *Erreur de droit.*

A. Violation de dispositions d'ordre légal ou réglementaire.

Pour la plupart des concours des dispositions légales ou réglementaires imposent aux candidats certaines conditions qu'ils doivent remplir pour être admis à participer aux épreuves.

Ces dispositions sont de deux ordres : les unes ont trait à l'âge et au sexe, à la nationalité des concurrents, les autres, le cas échéant, aux obligations militaires et aux titres. Pour cette catégorie de motifs la jurisprudence du Conseil d'Etat se borne à appliquer les textes légaux.

a. *Age.* — Les règlements de la plupart des concours exigent que les concurrents aient un âge compris entre un minimum et un maximum.

L'obligation d'avoir un âge minimum se comprend d'elle-même. L'administration ne peut avoir des fonctionnaires trop jeunes. L'âge maximum s'explique par les nécessités de la retraite : ce droit à la retraite ne s'ouvre qu'après un certain nombre d'années de service. Il importe donc que, lorsqu'un candidat est reçu après concours, il ait le temps d'acquérir une pension de retraite. D'autre part, il importe que les diverses branches de l'administration soient ouvertes aux jeunes gens qui sortent des Ecoles, et que ceux-ci aient le temps de faire une carrière.

Pour les conditions d'âge le Conseil d'Etat n'a donc qu'à tenir compte des dispositions fixées par le règlement du concours, et à tenir compte s'il y a lieu, des déductions

prévues. Ces conditions ne soulèvent aucune difficulté.

Il en est de même pour les conditions de sexe.

b. *Conditions de sexe.* — Bien que les carrières administratives s'ouvrent de plus en plus largement aux femmes, certaines fonctions sont réservées aux hommes.

Le chef de service n'a donc ici qu'à appliquer le règlement du concours, et le Conseil d'Etat ne fait que veiller à sa stricte observation, Dame Dauvet-Thienot, 28 février 1934, p. 278.

Ainsi le Conseil d'Etat a confirmé une décision de M. le Garde des Sceaux qui avait refusé de prendre en considération une demande de participation au concours de la magistrature présentée par une femme. Il s'agissait de Mme Thiénot, née Dauvet, inscrite au barreau de Troyes, où elle est membre du Conseil de l'Ordre. Le commissaire du Gouvernement au Conseil d'Etat fit une revue rétrospective des dispositions réglementant l'entrée dans la magistrature. Il fit observer notamment que les femmes avocats ne sont pas admises à suppléer les juges dans les cas d'empêchement de ces derniers et il conclut au rejet de la demande.

L'arrêt est ainsi motivé : « Considérant qu'il résulte tant de la loi du 20 avril 1860 que de l'ensemble des textes sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice que le législateur n'a pas entendu ouvrir aux femmes l'accès de la magistrature ; que notamment la loi du 1^{er} avril 1900 tout en autorisant la femme à exercer la profession d'avocat a pris soin de spécifier que celles-ci ne pourraient jamais être appelées à compléter les Cours et les Tribunaux en remplacement des magistrats empêchés..., que dès lors la Dame D., n'est pas fondée à soutenir qu'en rejetant sa demande de nomination dans la

magistrature pour le motif que les femmes n'y ont pas accès le Ministre de la Justice a commis une erreur de droit.

De même l'arrêt Cuisset (26 juillet 1912). L'exclusion des femmes résultait implicitement dans cette affaire d'une disposition réglementaire qui exigeait que les candidats aient satisfaits à la loi sur le recrutement.

Inversement, en l'absence de texte, le Conseil d'Etat a admis la participation des femmes au concours de l'externat, arrêt Gardré (24 janvier 1908, p. 80). Les juges ont estimé que la requérante pouvait participer au concours. « Considérant qu'aucun texte n'interdit aux femmes de se faire immatriculer dans une Faculté de médecine, et par suite de se prévaloir des avantages que leur confère cette inscription.

Les juges se bornent donc à appliquer, lorsqu'il y a lieu, les dispositions légales ou réglementaires.

c. *Nationalité.* — Les fonctions publiques sont réservées dans la plupart des cas aux sujets français ou naturalisés. Ces conditions sont fixées par le règlement du concours. Le chef de service n'a qu'à les appliquer. Et le Conseil d'Etat veille à leur stricte observation.

Dans l'arrêt Gardré les juges ont estimé, après examen des textes, que les étudiantes étrangères régulièrement admises à l'immatriculation sont assimilées par le décret du 21 juillet 1897 aux étudiantes françaises.

La requérante a été ainsi autorisée à se présenter aux épreuves de l'externat.

Mais par un arrêt Camou (24 décembre 1920, p. 1111) le Conseil d'Etat a sanctionné la violation d'un texte réglementaire. Par arrêté, le Gouverneur général de l'A.O.F., avait admis à concourir pour l'emploi de

commis des postes de 5^e classe des candidats assujettis à aucune sorte d'obligation militaire et les avait ensuite nommés. Or ces candidats ne remplissaient pas les conditions d'aptitudes exigées par les arrêtés réglementaires du Gouverneur général de l'A.O.F. du 3 octobre 1912 aux termes desquels seuls les candidats : « Citoyens français » ayant satisfait aux obligations de la loi sur le recrutement de l'armée pourront prendre part audit concours.

d. *Obligations militaires.* — Le service militaire étant obligatoire en France, la plupart des règlements de concours, pour assurer la stricte observation de ce principe, exigent que « les candidats aient satisfait aux obligations militaires qui leur incombent ».

L'article 7 de la loi du 1^{er} avril 1923, aujourd'hui remplacée par la loi du 30 mars 1928, dispose que nul ne peut être investi de fonctions publiques, même électives, s'il ne justifie pas avoir satisfait aux obligations imposées par la loi sur le recrutement de l'armée.

Cet article est susceptible de deux interprétations différentes :

a. L'accès à toute fonction publique serait subordonné à la condition que le candidat ait effectivement accompli le temps de service obligatoire, sauf au cas où il en serait définitivement exempté.

b. Il suffirait que le candidat n'ait pas contrevenu à la loi militaire sans qu'il soit besoin qu'il ait effectivement accompli le temps de service obligatoire.

Certaines administrations se prononçaient pour la première théorie, celle de l'accomplissement effectif du service obligatoire ; en faveur de cette thèse elles faisaient remarquer la gêne certaine qui se manifestait dans les services à raison du départ des jeunes fonctionnaires

pour le service, quelques mois seulement après leur entrée dans les cadres.

Par deux arrêts le Conseil d'Etat s'est prononcé pour la seconde thèse, mais cette interprétation restrictive de l'article 7 donne cependant à l'administration toutes les garanties nécessaires puisqu'elle a toujours le droit d'imposer pour les concours des conditions plus sévères. Le Conseil d'Etat a donc décidé que le législateur a entendu subordonner l'accès aux fonctions publiques aux intéressés qui ont rempli les obligations militaires correspondant à leur âge et à leur situation au regard de la loi de recrutement. (Loi du 1^{er} avril 1923, article 7 ; loi du 30 mars 1928, article 7).

Le Conseil d'Etat a posé ce principe dans l'arrêt Strat (23 décembre 1931, p. 1158). Le requérant avait formé un recours contre une décision par laquelle le directeur général de l'aéronautique avait refusé de l'admettre au concours ouvert pour l'emploi d'agent technique, parce qu'au moment du concours, ouvert en avril 1928, il avait été régulièrement inscrit sur les listes de recrutement de la classe 1928 et devait être incorporé au plus tôt en avril 1928.

Le Conseil d'Etat a décidé que la décision attaquée était entachée d'excès de pouvoir. Considérant que, par l'article 7 de la loi du 1^{er} avril 1923, le législateur a entendu subordonner l'accès aux fonctions publiques, à la condition que les intéressés aient rempli les obligations militaires correspondant à leur âge et à leur situation à l'époque du recrutement, sauf la faculté, pour les statuts organiques des administrations, de poser d'autres conditions dans l'intérêt du service public. Mais dans l'espèce, alors que l'arrêté relatif au recrutement d'a-

gents techniques ne faisait que reproduire l'article 7 de la loi précitée, le refus de reconnaître au requérant l'aptitude à se présenter a été illégalement prononcé.

Il résulte de cet arrêt que l'interdiction prévue à l'article 7 ne s'applique pas à ceux qui n'ont pas accompli de service militaire, soit parce qu'ils n'ont pas encore atteint l'âge légal, soit parce que arrivés à cet âge et ayant été inscrits sur des listes de recrutement, ils sont encore dans la période précédant l'incorporation, ou sont exonérés, provisoirement ou définitivement, de service par ajournement, sursis ou réforme.

Par l'arrêt Somnier (10 avril 1908) le Conseil d'Etat avait déjà interprété l'article 7. Il s'agissait en l'espèce de l'article 7 de la loi de recrutement du 21 mars 1905 qui est reproduit par l'article 7 de la loi du 1^{er} avril 1923.

Il résulte de cet arrêt qu'un candidat à un concours n'est pas fondé à soutenir que, contrairement au règlement du concours, un autre candidat aurait été admis, bien qu'il n'eut pas satisfait à la loi sur le recrutement, alors qu'il avait été classé dans les services auxiliaires de l'armée et que, d'ailleurs, son aptitude physique avait été reconnue avant le concours par un médecin de l'administration.

L'arrêté déterminant les conditions du concours que le Conseil d'Etat avait à appliquer, pose en d'autres termes la même règle que l'article 7 précité. Cette solution a donc un intérêt général, elle ne soulève d'ailleurs aucune difficulté. Les articles 7 des lois successives sur le recrutement ont tous le même but : empêcher par une sanction sévère les tentatives de fraude ayant pour objet d'échapper à l'obligation de la loi sur le recrutement. Celui que le conseil de révision a classé dans les services

auxiliaires n'a nullement cherché à échapper à cette loi et il remplit les obligations qu'elle impose dans les conditions que rend possible sa constitution.

En dehors de ces arrêts de principe, le Conseil d'Etat examine si l'administration a bien appliqué les dispositions réglementaires en vigueur, et si le calcul des années de service nécessaires pour se présenter à un concours a été régulièrement fait.

Ainsi pour le concours à l'emploi de sous-brigadier, le Conseil d'Etat a décidé qu'était régulière l'inscription d'agents ayant fait état pour le calcul des 5 ans de service exigés, de leurs années de service militaire.

Les juges ont estimé que le préfet du Var avait exactement interprété l'article 7 de la loi du 1^{er} avril 1923, en admettant les candidats au concours pour l'emploi de sous-brigadier à faire état de leurs années de service militaire. Arrêt Lapeyre et Mattei (13 novembre 1925, p. 872).

e. Conditions de services et titres exigés des candidats. — Certains concours exigent que les candidats possèdent certains titres, ou aient exercé pendant un certain temps certaines fonctions.

Le contrôle du Conseil d'Etat se borne à examiner si la décision administrative admettant ou refusant l'inscription sur la liste des admis à concourir est conforme ou non au statut organique du concours. Les juges appliquent strictement les textes.

Ainsi le règlement du concours de rédacteur à l'administration centrale des colonies exige un temps minimum de présence aux colonies. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt Musard (26 avril 1929, p. 427) a décidé qu'étant donné ce minimum de temps de présence exigé, des boni-

fications pour service militaire ne pouvaient dispenser de la condition de présence effective. C'est l'application pure et simple du statut organique.

Il en est de même dans l'arrêt Garnier (28 novembre 1913, p. 1158). Le Ministre de l'Agriculture avait refusé d'admettre aux épreuves du concours pour l'emploi de directeur départemental des services agricoles un professeur d'agriculture qui pour obtenir le minimum de cinq années de professorat, exigées par la loi du 21 août 1912 pour pouvoir se présenter aux épreuves, avait inclus des années qu'il avait passées comme préparateur dans une école d'agriculture.

L'article 4 de la loi précitée exigeant cinq années de professorat, le Conseil d'Etat a appliqué ce texte et rejeté le recours.

Dans le même sens arrêt Courtron (18 décembre 1925, p. 1032).

De plus, il importe de rappeler et de préciser la jurisprudence du Conseil d'Etat aux termes de laquelle un acte irrégulier ne peut créer de droits acquis. Suivant une formule classique, l'acte annulé par le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, est censé n'avoir jamais existé.

Cette formule présente l'avantage d'être très concise, mais son exactitude n'est qu'approximative ; la jurisprudence du Conseil est beaucoup plus nuancée que ne le laisserait supposer cette affirmation.

Il convient, en effet, d'opérer une distinction. Lorsqu'un fonctionnaire a été nommé irrégulièrement à un emploi et que sa nomination a été annulée, le juge assure strictement le respect de l'autorité de la chose jugée. Ainsi dans l'arrêt Alcindor (1^{er} juin 1906) le juge a estimé qu'un fonctionnaire nommé irrégulièrement à

un emploi ne peut faire valoir comme temps de service le temps passé dans cet emploi.

Il en a été décidé de même par l'arrêt Benejam du 26 juillet 1930.

Mais il est des cas où l'application stricte de ce principe aurait des conséquences extrêmement rigoureuses. Le Conseil a été ainsi conduit à admettre qu'une nomination irrégulière pouvait produire certains effets.

C'est le cas où l'irrégularité s'est produite au cours de la carrière du fonctionnaire.

Par un arrêt Rodière (26 décembre 1925) le Conseil a décidé que l'administration doit rechercher les moyens d'assurer à chaque fonctionnaire la continuité de sa carrière avec son développement normal et de lui procurer son reclassement comme si aucune irrégularité ne s'était produite. La décision Rodière commande de ne pas regarder comme non avenu, dans quelque objet que ce soit, le service effectif d'un fonctionnaire entré régulièrement au service, mais qui a tenu un emploi postérieur d'un titre irrégulier.

En matière de concours la question s'est posée à propos de l'affaire Naudascher (26 décembre 1930, p. 1112) intervenu dans les circonstances suivantes.

Un médecin, le sieur G., entré régulièrement dans les cadres de l'administration, s'était présenté par la suite à un concours. Nommé à la suite de ce concours, sa nomination fut annulée ; il se représenta de nouveau. Nommé encore une fois, sa nomination fut critiquée par un autre candidat, sous prétexte que le sieur G., ne remplissait pas le temps de service effectif exigé par le règlement du concours. Le sieur G., avait, en effet, fait entrer en ligne de compte le temps qui s'était écoulé entre sa

nomination après le premier concours et l'annulation.

Le Conseil a décidé, conformément au principe de l'arrêt Rodière, que le sieur G., étant entré régulièrement dans les cadres, il appartenait à l'administration de lui reconstituer sa carrière conformément à la chose jugée mais qu'on ne pouvait faire table rase de services effectivement rendus.

Après avoir rappelé le principe général, l'arrêt considère que la décision du Conseil annulant la nomination intervenue à la suite du premier concours n'avait pu avoir pour effet de priver le fonctionnaire, pendant la période litigieuse, du titre de médecin des asiles publics d'aliénés, qu'il possédait régulièrement lors de la nomination annulée.

Ainsi le Conseil distingue entre une nomination irrégulière, intervenue au début de la carrière (en ce cas le temps passé dans les cadres ne peut être compté), et une nomination intervenue postérieurement à une entrée dans les cadres, régulière. Dans ce dernier cas, l'administration est tenue de rétablir la carrière du fonctionnaire et le temps de service accompli entre en ligne de compte.

En second lieu le règlement du concours peut prévoir certaines incompatibilités. Le Conseil d'Etat applique strictement ces dispositions.

C'est ainsi que dans l'arrêt Perrens (28 décembre 1917) il a décidé que le statut de l'agrégation ne permet pas d'instituer agrégé des Facultés de médecine dans la nouvelle section des maladies mentales, un candidat déjà pourvu du titre d'agrégé dans l'ancienne section de pathologie interne et de médecine légale.

Enfin, le candidat peut n'avoir pas le droit de se présenter parce qu'il ne remplit pas les conditions régle-

mentaires fixées, ou parce qu'il ne les remplit plus. L'application ne souffre aucune difficulté.

Deux points cependant sont importants à préciser. Certains règlements de concours prescrivent que les candidats ne pourront se présenter à ce concours qu'un nombre déterminé de fois ; après ils ne pourront valablement se présenter aux épreuves.

Dans la plupart des cas l'application de cette règle est très simple ; le Conseil d'Etat a néanmoins statué sur ce point, et indiqué ce qu'il fallait entendre par le fait de se présenter. Par l'arrêt Cot (28 novembre 1913) il a en effet décidé que prenait part à un concours celui qui se retire au cours de la première épreuve en alléguant un malaise. Cette décision est conforme à la stricte justice et à l'esprit des règlements. La solution contraire aurait facilité certaines fraudes, et aurait permis de tourner les exigences du règlement. Le candidat par son seul fait, aurait eu ainsi la possibilité de se présenter à un concours un nombre de fois supérieur à celui légalement autorisé.

Il existe des cas où le candidat remplissait bien toutes les conditions légales et réglementaires et où il a été mis dans l'impossibilité de se présenter par le fait de l'administration. Ce sont les hypothèses où il s'agit de concurrents déjà entrés dans les cadres de l'administration. Leur service les a empêchés de se présenter aux épreuves alors qu'ils remplissaient toutes les conditions pour se présenter. Peuvent-ils par la suite être admis aux épreuves ?

La jurisprudence du Conseil d'Etat est sur ce point extrêmement libérale ; elle permet au candidat que son service a empêché de se présenter, d'être admis néanmoins à concourir.

C'est ce qui a été décidé par l'arrêt Amieu (27 mars 1931, p. 382). Un officier du cadre latéral, que des circonstances de service avaient empêché de se présenter aux concours de 1920-1921 a eu, par la suite, le droit de se présenter.

Mais en cette matière toute la question se résume dans le problème de la preuve. Le requérant doit établir que c'est bien le fait de l'administration qui lui a interdit de participer aux épreuves.

Par un arrêt Chavard (8 juin 1932, p. 554) le Conseil d'Etat a en effet refusé à un candidat le droit de se présenter à un concours dans les mêmes conditions que pour l'affaire précédente, parce qu'il n'apportait aucune justification.

Telles sont les conditions légales ou réglementaires que les candidats doivent remplir pour être admis à se présenter.

Il importe de remarquer que la réalisation de toutes ces conditions est par elle-même insuffisante pour être admis à concourir. L'administration possède en outre un souverain pouvoir d'appréciation ayant pour objet de contrôler la moralité des candidats.

La production d'un extrait du casier judiciaire et d'un certificat de bonne vie et mœurs ne peuvent en effet donner des renseignements complets sur la moralité d'un candidat. L'administration reste libre d'éliminer les candidats qui fourniraient ces deux pièces : certains vices ou défaut d'ordre purement moral sont en effet de nature à légitimer des exclusions.

Par un arrêt Rouget 5 juillet 1851, p. 498, le Conseil avait déjà décidé que les articles 3 et 4 du règlement du 17 juin 1845 se bornent à énoncer les conditions géné-

rales ou spéciales d'aptitude requises pour être admis à concourir. La justification de cette aptitude ne *constitue pas un droit absolu à l'inscription sur la liste des concurrents*. Aux termes de l'article 8 dudit règlement les listes sont définitivement arrêtées en Conseil de l'Instruction Publique. Dès lors le ministre ... en décidant en Conseil de l'Instruction Publique qu'il n'y avait pas lieu d'admettre le sieur R., au concours... n'a commis aucun excès de pouvoir.

Cette distinction a été parfaitement mise en lumière par l'arrêt Verdoga (28 février 1934, p. 277). Cet arrêt est ainsi motivé :

« Considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions qui précèdent que la délivrance d'un certificat d'aptitude physique a pour seul objet de procurer un élément d'appréciation au comité d'administration et au ministre ; qu'elle ne saurait entraîner de plein droit l'inscription sur la liste des candidats admis à concourir, sans faire échec aux pouvoirs que le ministre tient du décret susvisé du 31 mai 1918, et rappelé d'ailleurs par l'arrêté précité du 1^{er} juillet 1931, pris pour son application, qu'il suit de là qu'en n'agréant pas la candidature du sieur Verdoga, nonobstant que ce dernier avait obtenu un certificat d'aptitude physique, le ministre n'a fait qu'user des pouvoirs d'appréciation que lui réservent les dispositions réglementaires sus-rappelées ».

Mais il faut qu'un texte accorde ce pouvoir à l'administration (Beriest 2 mai 1904, p. 406).

Ainsi donc la réalisation des prescriptions légales et réglementaires pour se présenter, sont la condition indispensable mais, par elle-même, elle est insuffisante à donner un droit quelconque au candidat.

Il faut tenir compte du pouvoir d'appréciation qui appartient au chef de service. Dans quelles conditions ce pouvoir s'exerce-t-il ?

B. Examen du détournement de pouvoir.

Le Conseil d'Etat examine si l'agent a poursuivi un but conforme à la loi, et si sa décision n'est pas entachée de violation de la loi ou de détournement de pouvoir.

L'arrêt Bouteyre (10 mai 1912, p. 453) fournit un exemple de cette jurisprudence. Le requérant, prêtre de l'église catholique, s'inscrivit en 1911 sur la liste des candidats au concours de l'agrégation de philosophie de l'enseignement secondaire. Le 8 juin 1911, le vice-recteur de l'Université de Paris l'informa que le Ministre de l'Instruction Publique refusait de l'admettre à ce concours, par le motif que « l'état ecclésiastique, auquel il s'était consacré, s'oppose à ce qu'il soit admis dans le personnel de l'enseignement secondaire dont le caractère est la laïcité, et que, par suite, il n'y a pas lieu de l'autoriser à prendre part aux épreuves destinées à pourvoir au recrutement des lycées ».

L'abbé Bouteyre estimant qu'en prenant à son égard cette décision, le Ministre de l'Instruction Publique frappait d'une véritable incapacité les prêtres catholiques, en demanda l'annulation au Conseil d'Etat.

Celui-ci admit le recours et examina les griefs. Ainsi il se reconnaissait le pouvoir d'examiner la légalité d'un acte discrétionnaire. Il rejeta le recours sans examiner la question de l'incompatibilité entre le titre d'agrégé et l'état de prêtrise, mais en considérant seulement que le Ministre de l'Instruction Publique n'avait fait qu'user des pouvoirs qui lui appartenaient, conformément à la

loi et sans qu'un détournement de pouvoir puisse être valablement invoqué.

Les juges ont, en effet, motivé leur arrêt sur les deux considérations suivantes :

« Considérant que l'agrégation a été instituée exclusivement en vue du recrutement des professeurs de l'enseignement secondaire, qu'elle ne confère pas aux agrégés un grade universitaire, mais un titre d'ordre professionnel, dont l'objet est d'assurer aux maîtres qui l'ont obtenu après concours des avantages particuliers dans la carrière de l'enseignement public ».

Ce point est très important, c'est lui qui forme la base de l'arrêt. En effet, si l'agrégation était un grade universitaire, un diplôme indépendant de l'enseignement public, il aurait été difficile et contraire à la Déclaration des Droits de l'Homme, suivant l'expression de M. le commissaire du Gouvernement, devant le Conseil d'Etat, que le Gouvernement pût s'attribuer le pouvoir d'arrêter la liste des candidats. Un semblable pouvoir portant atteinte aux droits des citoyens et au principe de l'égalité de tous, en dehors de toute question d'organisation du service public, ne pourrait être exercé que par le législateur ou en vertu d'une délégation législative expresse que l'on ne rencontre pas dans l'espèce.

Au contraire, si l'agrégation ne vise que l'accès aux fonctions publiques, l'organisation intérieure des services publics et le recrutement des fonctionnaires rentrant essentiellement dans les pouvoirs généraux du chef de l'Etat, il est très régulier, à défaut de textes législatifs qui en limitent l'exercice, que des décrets simples soient intervenus pour réglementer l'agrégation, fixer dans quelles conditions les agrégés seront recrutés et poser les

principes appliqués ensuite par des arrêtés ministériels.

Or, aux termes de l'article 7 du décret du 10 avril 1852, les candidats doivent produire pour prendre place au concours, une autorisation ministérielle. Et aux termes de l'article 5 du règlement ministériel du 29 juillet 1885, qui régissait les concours d'agrégation des lycées, les listes des candidats sont définitivement arrêtées par le ministre. Le Ministre de l'Instruction Publique a exclu de la liste des candidats, pour le concours de 1911, l'abbé Bouteyre, il n'a voulu admettre au concours que ceux qui, après avoir été reçus, étaient susceptibles d'occuper un emploi professionnel dans l'Université. En agissant ainsi, le ministre a usé des pouvoirs que lui conféraient le décret du 10 avril 1852, et l'arrêté ministériel du 29 juillet 1885. Il n'a donc commis aucun excès de pouvoir. Le Ministre de l'Instruction Publique a motivé sa décision en se fondant sur ce que l'état ecclésiastique, auquel s'est consacré le candidat, s'oppose à ce qu'il soit admis dans le personnel de l'enseignement secondaire public, dont le caractère est la laïcité. Le ministre n'a pas entendu dire qu'il y avait un obstacle légal empêchant les ecclésiastiques de se présenter aux concours de l'Université, ce qui serait un fait inexact, il a entendu dire qu'à l'époque actuelle, dans les conditions et l'esprit de la législation générale, l'intérêt du service qu'il est chargé d'assurer ne lui paraît pas permettre l'admission des ecclésiastiques dans le personnel de l'enseignement secondaire public. En agissant ainsi il a usé des pouvoirs qui lui étaient reconnus dans l'intérêt du service dont il avait la garde, c'est-à-dire pour le but même en vue duquel ce pouvoir lui avait été conféré. La décision que vous défère le requérant n'est donc entachée ni d'excès ni de détourne-

ment de pouvoir. Si l'abbé Bouteyre estime que, par cette décision, M. le ministre a usé de ses pouvoirs d'une manière peu libérale ce n'est pas là un moyen de droit que vous ayez compétence pour examiner ».

Et adoptant ces conclusions le Conseil d'Etat a rejeté la requête de l'abbé Bouteyre : « Considérant que les textes précités ont donc pu légalement, étant donné ce caractère de l'agrégation, ne pas la rendre accessible à tous, mais la réserver aux candidats agréés par le ministre, chef responsable de l'enseignement secondaire public, comme pouvant être éventuellement chargés des fonctions de professeurs dans un lycée ou dans un collège ; qu'en refusant par la décision attaquée d'admettre le requérant à prendre part au concours d'agrégation de philosophie, le Ministre de l'Instruction Publique n'a fait qu'user, à l'égard de ce candidat, dans l'intérêt du service placé sous son autorité, du droit d'appréciation qui lui a été réservé par le décret du 10 avril 1852 et le règlement du 29 juillet 1885, et que ladite décision n'est par suite entachée ni d'excès ni de détournement de pouvoir ».

Il résulte des termes de cette décision que les juges se sont placés sur le terrain de l'opportunité. En ce sens l'arrêt est inattaquable, mais ils n'ont pas examiné le fond du problème. Il est loin d'être certain, en effet, que l'on puisse déduire d'un texte quelconque une incompatibilité entre la fonction de professeur de l'enseignement secondaire et le caractère ecclésiastique. La séparation des églises et de l'Etat ne fait qu'accroître les doutes à cet égard. De plus sur les quatre motifs invoqués par le commissaire du Gouvernement les juges n'en ont adopté que deux ; ils ne se sont pas prononcés sur l'incompatibilité, ni sur les catégories de citoyens.

§ 3. *L'appréciation des faits par le juge de l'excès de pouvoir.*

Le Conseil d'Etat s'est reconnu le pouvoir d'examiner non seulement la légalité des motifs invoqués, mais en encore de vérifier l'exactitude des faits allégués.

Ce contrôle des faits a été l'œuvre d'une longue évolution, et ce n'est que par des arrêts assez récents que le Conseil l'a admis.

En effet, la mission du juge de l'excès de pouvoir, est de proclamer la règle de droit et de rechercher si l'acte qu'on lui défère est conforme ou non à cette règle.

Par contre, en vertu des principes généraux de notre droit administratif, il ne peut exercer son contrôle d'une façon totale sur les actes discrétionnaires, car il se substituerait à l'administration active.

Ces considérations ont empêché longtemps le juge de l'excès de pouvoir d'examiner les faits qui ont motivé un acte discrétionnaire.

Peu à peu le juge a été amené à élargir la nature du contrôle de la légalité. Comme nous l'avons vu, il a commencé par scruter les motifs de la légalité externe. Actuellement, il examine la légalité interne, le fond du droit.

Cette théorie se justifie facilement. En effet, dire le droit dans un cas déterminé, c'est proclamer que la règle de droit a été régulièrement ou non appliquée à l'espèce. Il arrive fréquemment que cette légalité dépende des faits de la cause et particulièrement pour la matière des concours. En effet si des motifs déterminés peuvent seuls rendre légale une mesure il va de soi que l'inexactitude

des motifs doit entraîner l'annulation de la mesure qui manque ainsi de base légale.

Le juge de l'excès de pouvoir, à l'inverse de ce qui se passe pour la Cour de cassation, ne sépare pas le droit du fait et proclame toujours la règle de droit à la lumière des faits, car :

1. Le Conseil d'Etat, dans le recours pour excès de pouvoir juge en premier et dernier ressort. Sa décision, tout en étant rendue en droit, doit être le reflet des circonstances de fait.

2. Le Conseil d'Etat est juge de droit commun en matière administrative, il a ainsi toute liberté d'appréciation pour enrichir le recours pour excès de pouvoir au détriment des autres.

3. Le Conseil d'Etat doit être réaliste en matière administrative. Il possède certains pouvoirs de direction.

Quelle est donc la portée de ce principe ?

Les causes qui ont élargi le contrôle de la légalité n'ont pas annihilé le principe en vertu duquel le juge ne peut s'immiscer dans l'administration active. Les pouvoirs du juge sont donc limités.

En règle générale, le juge ne pourra examiner les faits que dans la mesure indispensable à l'appréciation de la légalité.

Comment ce contrôle fonctionne-t-il pratiquement ? Les bases de la jurisprudence du Conseil d'Etat se trouvent dans deux arrêts qui ont une portée générale (Camino 14 janvier 1916, et Ville de Saint-Etienne 19 juillet 1918).

L'arrêt Camino est ainsi motivé :

« Considérant que si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déferées par

la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé les mesures et, d'autre part, dans les cas où les dits faits sont établis de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues ».

Cet arrêt fixe donc les limites des pouvoirs du juge.

Celui-ci peut examiner tout d'abord si les faits sont exacts dans leur matérialité. Tel grief grave reproché à un concurrent est-il vérifié ? (voir sur ce point l'arrêt Grego 16 mai 1930, p. 521 ; Ponsommaillé 18 juin 1915, p. 206).

Ensuite il examine si les faits invoqués à l'appui de la décision, et reconnus exacts, sont de ceux qui pouvaient légalement motiver cette décision.

Ainsi dans un arrêt Budon (13 juillet 1923, p. 573) le Conseil d'Etat a refusé au Ministre des Finances le pouvoir d'écarter de l'examen d'aptitude aux fonctions d'inspecteur de l'enregistrement un inspecteur adjoint de première classe, soit par des motifs tirés de ses aptitudes, soit parce qu'il avait échoué à un examen antérieur.

Ces faits en effet n'entachaient pas la moralité du candidat et, seul, le jury de concours était qualifié pour estimer sa valeur professionnelle.

Mais il importe de remarquer pour bien préciser la portée de la jurisprudence du Conseil que celui-ci ne prononce l'annulation, en se fondant sur l'inexactitude des motifs donnés, que si cette inexactitude résulte manifestement des pièces jointes au dossier. C'est l'application pure et simple des règles de la procédure administrative.

Ainsi, dans un arrêt Leloutre (10 août 1923, p. 686) le Conseil a décidé qu'en refusant, pour des motifs tirés

de l'intérêt du service, d'admettre un candidat sur la liste des postulants, le ministre n'a fait qu'user du droit d'appréciation qui lui appartient, et a rejeté le moyen tiré de ce que les motifs invoqués par le ministre, reposeraient sur des faits matériellement inexacts, car cette allégation dont la preuve incombait au requérant, loin d'être justifiée par lui, était même formellement démentie par les pièces versées au dossier.

En dehors de ces cas précis, le juge de l'excès de pouvoir ne peut se substituer au chef de service et notamment contrôler l'opportunité des décisions. C'est ainsi qu'il ne peut examiner le bien fondé d'une exclusion à concourir fondé sur l'opportunité administrative ni se substituer à un jury de concours pour apprécier les titres des candidats.

L'administrateur doit conserver son autonomie, car il est responsable du fonctionnement du service. C'est ainsi que, par un arrêt Pierrard (30 décembre 1921, p. 1136) le Conseil a décidé qu'une commission de classement pouvait valablement écarter la candidature d'un individu à l'emploi de facteur auxiliaire des télégraphes :

« Considérant que le sieur P., a été réhabilité par arrêt de la Cour d'appel de Nancy, du 12 janvier 1918... Ces circonstances ne faisaient pas obstacle à l'exercice du pouvoir que la commission, instituée par l'article 7 de la loi du 21 mars 1905, en vue du classement des candidats, possède de prononcer définitivement sur les conditions de moralité et de conduite exigées de ces derniers par l'article 1^{er} du règlement précité du 26 août 1905 » ; la décision écartant la candidature est confirmée.

🍌 Ainsi donc le pouvoir discrétionnaire de l'administration tient encore une large place. Ce n'est que dans

des cas exceptionnels que le contrôle fonctionne. Il résulte en effet de cette décision que, nonobstant la réhabilitation d'un individu, le chef de service peut s'opposer à admettre un candidat à un concours. L'autorité de la chose jugée ne s'impose pas ; il jouit d'une autonomie complète.

Enfin, une dernière limite existe : le Conseil d'Etat ne soulève jamais d'office ce genre d'irrégularité, à moins qu'il ne s'agisse d'incompétence.

Tout en laissant donc à l'administration active une grande indépendance, le juge de l'excès de pouvoir assure un contrôle effectif de la légalité des actes qui lui sont déferés, et en même temps de la moralité administrative.

Section III

Effets juridiques des décisions prises en matière d'admission à concourir

Si la décision est irrégulière, il convient d'examiner les deux hypothèses qui peuvent se présenter.

En cas de refus injustifié d'admission à concourir, la décision de l'administration est susceptible d'être annulée dans les conditions que nous avons examinées. Mais de plus un droit éventuel à indemnité peut être accordé. Ce point sera étudié à propos de la responsabilité de l'administration en matière de concours.

Si, au contraire, le chef de service prononce une admission à concourir irrégulière celle-ci ne peut créer aucun droit. La décision peut être soit retirée spontanément par son auteur, soit annulée par le Conseil d'Etat.

Conformément à sa jurisprudence sur le retrait des actes administratifs, le Conseil d'Etat a décidé dans l'arrêt Cot (28 novembre 1913, p. 1178) qu'un ministre peut légalement rapporter la décision par laquelle il a admis un candidat à se présenter à un concours, alors que l'inscription de ce candidat sur la liste des admis à concourir avait été irrégulière.

Car une décision irrégulière peut toujours être rapportée pour l'avenir. Dès l'instant, en effet, où elle n'est pas conforme au droit, elle n'est pas une source de droit ou, du moins, les droits qu'elle a créés sont soumis à résolution, du fait de l'irrégularité qui l'affecte.

Cependant, il y a lieu de remarquer que le retrait doit être fait dans la période du recours pour excès de pouvoir ou si un recours a été intenté jusqu'à la terminaison de l'instance. Passés ces délais il ne peut y avoir d'annulation d'office.

Mais de plus un candidat ayant été admis sur la liste des concurrents admis à concourir, et ayant été reçu par le jury, le chef de service peut refuser de le nommer, en raison de faits entachant gravement sa moralité et découverts après le concours. Arrêt Grégo (16 mai 1930, p. 521).

Si elle a été régulière, l'inscription sur la liste des admis à concourir n'entraîne aucune autre conséquence que le droit de se présenter aux épreuves, et ceci si elles ont lieu.

C'est ce qui résulte de deux arrêts du Conseil d'Etat. Par un arrêt Logerot (7 juillet 1922, p. 594) la haute juridiction a en effet décidé que l'inscription sur la liste des concurrents ne confère aucun droit. L'administration en vertu de ses pouvoirs généraux, peut toujours modifier les procédés de recrutement au moment qui lui paraît opportun.

Par un autre arrêt du 7 juillet 1922 (Association amicale et professionnelle des expéditionnaires principaux et expéditionnaires du personnel intérieur de la préfecture de la Seine) il a décidé de même. L'administration reste ainsi toujours libre, même au cours des épreuves, de supprimer le concours comme mode de recrutement des agents publics.

Ainsi, il résulte de ces considérations que l'admission à concourir ne constitue qu'une condition indispensable pour se présenter valablement aux épreuves mais qu'elle n'entraîne que cette possibilité et qu'aucune autre conséquence n'en découle.

CHAPITRE VI

LES OPÉRATIONS DU CONCOURS

Section I

Le jury

Le jury est la pièce essentielle du mécanisme des concours. Doté d'un pouvoir discrétionnaire, pour l'appréciation des titres des candidats, ses décisions sont sans recours. Il importe donc, pour assurer la sincérité des résultats et ainsi le bon recrutement de l'administration, que les conditions dans lesquelles il opère soient régulières.

Ces conditions peuvent être envisagées sous trois aspects :

Composition.

Rôle au cours des épreuves.

Appréciation des résultats.

§ 1. *Composition.*

En principe, seule l'inobservation des formes légales et réglementaires peut entraîner la nullité des résultats. Cependant certaines irrégularités particulièrement gra-

ves, non prévues par les textes, peuvent également être invoquées.

a. *Violation de dispositions légales ou réglementaires.* — Le Conseil d'Etat veille à leur stricte application.

Les irrégularités peuvent être de deux ordres : tout d'abord la nomination des examinateurs peut être attaquée soit parce qu'elle a été faite par une autorité incompétente, soit parce qu'elle est entachée elle-même d'un vice de forme.

Ensuite, la nomination peut être attaquée en elle-même parce qu'elle porte sur une personne qui ne pouvait légalement être examinateur.

b. *Vice propre à la décision désignant le jury.* — Les examinateurs peuvent avoir été nommés par une autorité incompétente. C'est un vice grave, et que le Conseil d'Etat sanctionne.

Ainsi, par un arrêt Chatel (11 février 1916, p. 80) la haute juridiction a annulé une nomination intervenue après un concours pour lequel la désignation des membres du jury avait été faite par l'administration de l'inscription maritime, au lieu de l'être par l'officier de port, seul compétent.

Mais, en dehors de l'incompétence, la décision de nomination d'examineurs peut être attaquée pour d'autres vices.

Dans certains cas en effet, les règlements de concours prescrivent que cette désignation ne peut être faite qu'après consultation préalable soit de certains corps, soit de certains fonctionnaires.

La violation de ces dispositions entraîne également l'annulation des résultats.

Ainsi par un arrêt Antoine (13 novembre 1924, p. 872) le Conseil d'Etat a annulé un concours parce que l'arrêté fixant la composition du jury avait été pris sans l'avis préalable du Conseil de l'inspection générale.

C'est le même principe que le Conseil a eu à appliquer dans l'arrêt Broca (21 novembre 1919). Il a décidé dans cette affaire, que le décret nommant examinateur à l'Ecole Polytechnique une personne ne figurant pas sur la liste des deux candidats présentés par le Conseil de perfectionnement de l'Ecole, était entaché d'excès de pouvoir.

Ainsi donc, si la nomination a été faite par une autorité incompétente, ou même si elle a été faite par une autorité compétente mais qui a négligé de s'entourer de toutes les garanties instituées par les textes, en vue d'assurer le bon recrutement des fonctionnaires, les résultats du concours sont annulés par le Conseil d'Etat.

Il s'agit en effet d'irrégularités graves.

Enfin, dans certaines hypothèses, le Conseil vérifie si les opérations matérielles de désignation ont été régulières. C'est le cas où les membres du jury sont tirés au sort.

Par un arrêt Bérillon (13 juillet 1917, p. 573) le Conseil a décidé que les opérations de tirage au sort du jury avaient été faites dans les conditions fixées par le règlement, et qu'elles étaient ainsi régulières.

Le Conseil d'Etat a appliqué dans cet arrêt le principe de l'appréciation des faits. Ceux-ci conditionnent en effet la légalité de la suite des opérations. C'est ce seul point, qu'il importe de souligner.

c. *Irrégularité de la nomination en elle-même.* — Les règlements de concours fixent la composition du jury. Ces dispositions ont en vue tout d'abord de s'assurer que le concours remplira bien l'objet que l'administration avait en vue en l'instituant, c'est-à-dire que les candidats seront classés d'après leurs aptitudes à remplir les fonctions mises au concours. De plus, ces dispositions réglementaires ont aussi en vue de garantir aux candidats l'impartialité des examinateurs.

La violation des dispositions expresses des textes est sanctionnée par le Conseil d'Etat.

C'est ainsi que par un arrêt Magitot (12 juin 1925, p. 572) le Conseil a annulé des nominations intervenues après un concours dont le jury avait été irrégulièrement composé.

Il s'agissait du concours de l'agrégation des Facultés de médecine. Un membre du jury, qui aux termes du règlement, devait appartenir à une Faculté de province, avait été remplacé par un suppléant appartenant à la Faculté de Paris.

Les juges ont estimé qu'une telle irrégularité, qui empêche de respecter les proportions fixées comme une des conditions du concours, par l'arrêté du 19 décembre 1922, entre les membres du jury, appartenant à la Faculté de Paris, et ceux appartenant à une Faculté de province, vicie les opérations du concours qui doit être annulé, ainsi que les nominations qui en ont été la suite.

Mais la haute juridiction se borne à appliquer les textes réglementaires ; elle ne se reconnaît pas, à juste titre, le droit d'exiger des garanties supplémentaires des examinateurs. Il appartient au chef de service, responsable du personnel qu'il a sous ses ordres, d'assurer le bon recrutement de ses agents, et lui seul a ce pouvoir.

C'est ainsi que dans un arrêt du 14 mai 1932, p. 573 (Société de l'enseignement primaire laïque de Madagascar et dépendances), les juges ont constaté qu'aucune disposition du règlement n'exigeait, comme le prétendaient les requérants, que les membres de la commission de concours soient titulaires du certificat d'aptitude de l'inspection des écoles primaires de la métropole.

Application stricte du règlement, tel est le rôle du Conseil d'Etat en cette matière. Mais pourrait-il en cas d'irrégularité grave, annuler les opérations du concours, bien que le règlement n'ait pas été violé ?

Par un arrêt Brault (16 novembre 1894, p. 595) le Conseil d'Etat s'était refusé à examiner des griefs invoqués contre la composition d'un jury parce qu'ils ne visaient pas la violation d'un texte réglementaire.

M. le commissaire du Gouvernement s'était prononcé en ce sens pour les motifs suivants :

« Les insinuations dirigées contre tel ou tel membre du jury, les allusions aux négociations qui auraient précédé le concours sont autant de questions qui doivent rester étrangères au débat. Si l'organisation et le fonctionnement des concours d'agrégation de médecine prêtent à la critique, s'il est reconnu nécessaire d'y apporter des réformes, c'est aux pouvoirs publics qu'il appartient de les provoquer et de les réaliser ».

De même, par un arrêt Pourciel (10 juillet 1908) le Conseil avait décidé que le fait que la commission d'examen aurait compris des membres dont les élèves étaient candidats, ne constitue pas la violation d'une disposition législative ou réglementaire.

Depuis ces arrêts, il a été peu à peu admis qu'en dehors de règles précises, un principe de moralité doit cons-

tamment être sous-entendu dans les actes de l'administration, et sa méconnaissance vicie la décision qui a été prise. Car les agents ne doivent agir que dans l'intérêt général, et, si l'irrégularité est grave, elle doit toujours être sanctionnée, même si la loi ne le prescrit pas expressément.

Ainsi ces principes doivent être appliqués en matière de concours ; ceux-ci doivent être conduits de manière loyale et sincère, et une atteinte grave à ces exigences permet de demander valablement l'annulation des résultats.

C'est ainsi que, par deux décisions plus récentes, le Conseil d'Etat vient de se montrer plus sévère. Il s'agissait, il est vrai, d'irrégularités plus graves et de concours plus élevés ; néanmoins la tendance du Conseil d'Etat semble être l'application stricte du principe de l'égalité entre les candidats.

Dans l'arrêt Aldeguer et Barrière (10 février 1922, p. 127) le Conseil d'Etat a décidé que la présence, dans le jury, du père d'un des candidats rend le concours irrégulier même en l'absence de texte.

Il s'agissait d'un concours pour plusieurs emplois de rédacteurs à la mairie d'une commune, conformément au règlement organique portant statut du personnel municipal. La circonstance que le père d'un des candidats faisait partie du jury constitue une irrégularité substantielle qui doit entraîner pour excès de pouvoir l'annulation de l'arrêté du maire homologuant les résultats du concours.

Dans la seconde espèce, 30 novembre 1931 (Vaulot) le Conseil d'Etat a décidé que le Ministre de la Guerre n'avait pas excédé ses pouvoirs en imposant au candidat

à l'emploi d'examineur d'admission à l'Ecole Polytechnique pour les mathématiques, l'obligation de déclarer qu'il « n'avait pas pris part à la préparation des jeunes gens susceptibles de se présenter devant eux, soit par enseignement direct de ces jeunes gens, soit par publications destinées aux élèves de mathématiques spéciales ».

Cet arrêt montre l'importance que le Conseil d'Etat attache au principe de l'égalité entre candidats. Si les textes présentent quelques lacunes le juge se reconnaît le pouvoir de les combler de façon à assurer une parfaite égalité entre concurrents et avoir ainsi un bon recrutement de fonctionnaires. Tel est l'intérêt de la jurisprudence administrative.

Section II

Rôle du jury au cours des épreuves

Les épreuves ont pour objet de s'assurer de l'aptitude des candidats à remplir les fonctions mises au concours ; elles conditionnent l'exercice de pouvoir reconnu aux membres du jury, qui consiste à classer les candidats par ordre de mérite, et ainsi c'est bien en elles que le pouvoir de nomination trouve son fondement.

Pour que ce pouvoir soit régulièrement exercé il importe donc que les faits qui en conditionnent l'exercice soient réguliers. Les épreuves doivent être subies dans les conditions fixées par le règlement du concours.

Sinon, le jury agirait avec incompétence et les résultats ne pourraient être accueillis par l'autorité qui possède le pouvoir de nomination.

Les examinateurs doivent donc observer scrupuleuse-

ment toutes les règles du règlement du concours, il ne leur appartient pas d'en modifier les dispositions même d'accord entre les candidats.

C'est ce qui résulte d'un arrêt Pruvost (2 juillet 1909, p. 650) ainsi motivé :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que, lors du concours ouvert pour la nomination d'un chirurgien suppléant des hospices d'Amiens, les conditions fixées par la commission administrative des hospices et portées à la connaissance du public par voie d'affiches, ont été modifiées par le jury du concours, et cela après la clôture du registre d'inscription des candidats, que si ces modifications ont été acceptées par deux concurrents, elles n'en ont pas moins été irrégulièrement opérées, que, par suite, en annulant les opérations du concours, la commission administrative des hospices n'a point excédé ses pouvoirs ».

Il est certain, en effet, que la commission administrative était libre de refuser de nommer des candidats qui n'avaient pas subi les épreuves dans les conditions qu'elle avait déterminées. Et par ailleurs, la circonstance que les candidats avaient consenti aux dites modifications, ne pouvait faire obstacle aux droits du chef de service. Il est de principe en effet que les dispositions exigeant certaines connaissances des candidats sont prescrites, non pour leur intérêt personnel, mais en vue du bon fonctionnement des services publics. Plus spécialement en l'espèce les dispositions réglementaires avaient été prises dans l'intérêt des malades. Le corps médical doit présenter certaines garanties, et il n'appartient pas à des personnes irresponsables d'y apporter des modifications quelconques.

Ce principe est strictement appliqué par le Conseil d'Etat. Sa jurisprudence est fondée sur deux idées essentielles :

A. Il est de principe que les opérations d'un concours ne peuvent être annulées que pour violation d'un texte légal ou réglementaire ; mais il semble résulter d'arrêts assez récents qu'au cas d'atteinte grave à l'égalité entre concurrents, au cas de fraude par exemple, ce fait seul suffit à faire prononcer l'annulation des opérations, même si toutes les dispositions réglementaires ont été observées.

B. Inversement, le Conseil d'Etat n'a pas entendu entraver la marche de l'administration par un contrôle trop minutieux. Le juge n'annule donc les résultats des épreuves que lorsqu'il se trouve en face d'irrégularités graves, ayant faussé certainement les résultats du concours. Les irrégularités légères, qui peuvent toujours se produire, même de bonne foi, ne sont pas sanctionnées.

Cette idée n'est du reste que l'application à la matière du concours du principe général qu'une décision ne peut être annulée pour vice de forme que si celui-ci constitue une irrégularité substantielle.

Ne sont donc sanctionnés que les vices graves, substantiels, susceptibles d'avoir eu une influence déterminante sur les résultats.

Ainsi le contrôle du Conseil d'Etat s'est enfermé dans des limites très justes, qui donnent d'une part toutes garanties aux candidats et, d'autre part, n'entravent pas la marche du recrutement des fonctionnaires par des annulations trop fréquentes.

A. Nature des épreuves.

L'objet des épreuves est de s'assurer de l'aptitude des candidats à remplir certaines fonctions, leur nature est souverainement déterminée par l'autorité qui dirige le service et en a la responsabilité. Le concours ne peut donc donner de résultats certains que si les différentes épreuves ont été subies conformément à l'intention de cette autorité.

Le Conseil d'Etat veille à l'observation stricte de ces règles ; deux arrêts nous fourniront des exemples.

Il résulte d'un premier arrêt (Pourciel 10 juillet 1908), rendu il est vrai en matière d'examen, mais le principe qui s'en dégage doit *a fortiori* s'étendre à la matière des concours, que si des questions étrangères au programme ont été posées, cette irrégularité est substantielle, de nature, par conséquent, à faire prononcer l'annulation des opérations.

La difficulté, sur ce point, est la question de preuve. Tous les modes de preuve ne sont pas en effet admis devant la juridiction administrative ; seuls ceux compatibles avec les règles de la procédure écrite, peuvent être invoqués.

Par un second arrêt (Sarvornat et Tournade 13 juillet 1917, p. 567) les opérations du concours avaient été annulées pour vice de forme, les candidats reçus s'étant pourvus contre cette annulation.

Il s'agissait, en l'espèce, de l'application de l'art. 39 de l'arrêté du Ministre de l'Instruction Publique en date du 31 juillet 1887, portant règlement pour le concours de l'agrégation des Facultés de médecine. Il disposait que, pour la première des épreuves préparatoires, qui consistait dans une leçon orale de trois quarts

d'heure, le candidat pouvait s'aider des ouvrages désignés par le jury, or celui-ci avait décidé que, pour ces épreuves, aucun livre ne serait mis à la disposition des concurrents.

Le Conseil a décidé que cette décision avait modifié le caractère de l'épreuve et que, par suite, c'était à bon droit que le Ministre de l'Instruction Publique avait prononcé, en raison de la violation du règlement, l'annulation des opérations du concours, et qu'il en ouvrait un autre entre les candidats qui avaient été inscrits au concours annulé.

Ces deux arrêts suffisent à montrer l'esprit général de la jurisprudence du Conseil qui tient essentiellement à ce que la nature des épreuves réponde exactement à la volonté de l'autorité qui a fait le règlement du concours.

B. Nombre des épreuves.

Le nombre des épreuves est déterminé de façon à ce que le jury puisse apprécier les différentes connaissances des candidats.

Il ne lui appartient pas de le modifier, soit en augmentant le nombre soit en le diminuant. La violation de ce principe constitue une irrégularité substantielle qui entraîne l'annulation des opérations.

C'est ainsi que, par un arrêt Monvoisin (1^{er} février 1923, p. 142) le Conseil d'Etat a annulé les opérations d'un concours pour lequel le jury avait réuni deux épreuves qui, d'après le règlement, devaient donner lieu à deux notes séparées. Il s'agissait d'un concours pour l'Ecole nationale Vétérinaire ; trois notes devaient être données aux candidats : chimie, pharmacie et physique. Le jury avait réuni les épreuves de physique et de chimie, et n'avait attribué qu'une note aux candidats.

L'appréciation de leur connaissance n'avait donc pas été faite conformément à la volonté des auteurs du règlement. Le jury avait apprécié imparfaitement l'aptitude des candidats ; c'est pour ces raisons que le concours a été annulé.

C. *Durée.*

Non seulement la nature et le nombre des épreuves doit être conforme au règlement, mais encore leur durée. Les concurrents sont prêts en effet à subir une épreuve d'une certaine durée et, si celle-ci est modifiée, ils sont fondés à s'en plaindre.

C'est ce qui résulte implicitement d'un arrêt Delaunay (6 août 1925, p. 810). Le Conseil a décidé dans cette affaire que c'était par une exacte application des dispositions réglementaires en vigueur, que les épreuves du concours de novembre 1922, pour le grade de contrôleur des douanes et régies de l'Indo-Chine, avaient été faites en cinq séances de quatre heures chacune.

Par *a contrario*, il apparaît que, si la durée n'avait pas été conforme aux dispositions du règlement, l'annulation des opérations aurait été prononcée.

D. *Conditions d'exécution des épreuves.*

Il est non seulement nécessaire que la forme des épreuves soit conforme aux exigences du règlement, mais leurs conditions d'exécution doivent être absolument sincères. Une égalité absolue est de règle entre les concurrents.

En cette matière le jury possède une certaine liberté d'appréciation pour déterminer la manière dont les épreuves seront subies, mais il doit se conformer bien

entendu aux exigences du règlement qui, en aucun cas, ne peut être violé, et au principe de la loyauté des épreuves.

Ce sont ces deux principes, respect des textes réglementaires, sincérité des concours, qui servent de base à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Celui-ci annule les opérations chaque fois que les résultats ont été faussés.

Cette jurisprudence peut être étudiée sous trois aspects différents : tout d'abord l'ordre des épreuves, ensuite la règle du secret, et enfin la surveillance des concurrents.

a. *Ordre des épreuves. Choix des compositions.* — Le Conseil a reconnu que le jury avait un pouvoir discrétionnaire pour fixer l'ordre dans lequel elles seront subies. Du moment que le contenu des épreuves est en effet conforme aux exigences réglementaires, peu importe l'ordre qui sera suivi. Ce fait n'a aucune influence sur les résultats définitifs du concours. Ainsi la méconnaissance de l'ordre dans lequel devront se passer les différentes phases du concours, même s'il est fixé par un texte, ne constitue qu'une irrégularité légère, qui n'est pas de nature à faire annuler les opérations.

C'est ce que le Conseil d'Etat a décidé dans l'arrêt Gros (28 janvier 1916, p. 47).

En ce qui concerne le choix des compositions, le jury est absolument libre, à condition de ne pas porter atteinte à une disposition réglementaire. C'est ainsi que par un arrêt Ginestoux (30 juillet 1920, p. 795) le Conseil a décidé qu'en l'absence de dispositions contraires le même sujet d'épreuves orales pouvait légalement avoir été proposé à tous les concurrents.

b. *Le secret.* — Cette règle a pour objet d'assurer une égalité parfaite entre les concurrents. Elle prend

deux formes différentes : au moment où les épreuves sont subies elle signifie que leur sujet doit rigoureusement être inconnu des candidats, jusqu'au moment où il leur en est donné régulièrement connaissance ; au moment de la correction, cette règle signifie que les examinateurs doivent ignorer le nom du candidat dont ils corrigent la copie.

La violation de cette règle constitue une irrégularité substantielle de nature à entraîner la nullité des opérations ; mais il arrive fréquemment que la preuve en soit difficile à fournir.

En ce qui concerne le secret des sujets de composition, le principe de la nullité des épreuves au cas de sa méconnaissance a été admis par plusieurs arrêts du Conseil d'Etat.

Par l'arrêt Bérillon (13 juillet 1917, p. 573) le Conseil a décidé que le tirage des questions plusieurs séances avant que les candidats n'aient à subir cette épreuve, avait été régulier. Le secret avait en effet été gardé ; les candidats se trouvaient ainsi tous sur un pied d'égalité et ils ne pouvaient commettre aucune fraude.

De même, par l'arrêt Ginestoux, le Conseil a décidé que le même sujet de composition pouvait avoir été donné, pour l'exposé oral, à tous les candidats, mais à la condition seulement que le secret soit bien gardé.

Aucune de ces décisions ne prononce l'annulation des épreuves, mais il en résulte cependant par *a contrario*, qu'au cas où le requérant aurait pu prouver qu'il y avait eu atteinte au secret des sujets, et par là atteinte à la loyauté du concours, celui-ci aurait été annulé.

La seconde forme du secret est la règle de l'anonymat. En cas d'atteinte à ce principe, il semble résulter d'un

arrêt du Conseil d'Etat que l'annulation serait également prononcée.

Mais le Conseil d'Etat exige, conformément au principe général, que les requérants établissent qu'un texte légal ou réglementaire a été violé.

C'est ainsi que, dans l'arrêt Genevay (26 juillet 1895, p. 615) le Conseil a décidé que l'apposition de numéros sur les feuilles contenant l'énoncé des questions à traiter par les candidats, et sur les enveloppes renfermant ces feuilles, ne peut entraîner la nullité des opérations du concours quand il n'est pas établi que l'apposition de ces numéros ait porté atteinte au secret exigé par les règlements.

De même, par l'arrêt Cousin (16 juillet 1930, p. 735) le Conseil a rejeté une requête fondée sur ce que l'anonymat n'aurait pas été assuré au cours des épreuves, parce que l'instruction n'établissait pas l'inobservation de règles fixées à ce sujet par l'arrêté réglementaire.

c. Surveillance et police des épreuves. — La surveillance et la police des épreuves constituent une garantie essentielle pour assurer la sincérité des concours. Conformément aux principes que nous avons dégagés, toute infraction aux dispositions réglementaires et de nature à viciar les résultats est sanctionnée par le Conseil d'Etat.

Celui-ci a statué notamment sur les pouvoirs du jury, en ce qui concerne l'appel des candidats, la publicité de certaines épreuves, et enfin sur la surveillance proprement dite.

Pour l'appel des candidats, il résulte de l'arrêt Bérillon (13 juillet 1917, p. 571) que le jury, en appelant un à un tous les candidats au moyen de l'inscription successive de leur nom sur un tableau noir visible de toutes les

parties de l'amphithéâtre, où avait lieu la séance, loin de violer le règlement qui prescrit un appel des candidats au début du concours, en avait assuré l'exécution de la façon qui pouvait donner le meilleur résultat, étant donné le bruit au milieu duquel s'étaient poursuivies les opérations préliminaires du concours.

En ce qui concerne la publicité des épreuves orales, il a été décidé, par le même arrêt, qu'en vue de maintenir l'ordre, le jury pouvait limiter les entrées du public.

La question la plus importante est la surveillance des concurrents.

Par un arrêt, il est vrai déjà ancien, le Conseil d'Etat s'était montré sur ce point particulièrement difficile pour admettre un défaut de surveillance.

Le Conseil avait en effet, décidé par l'arrêt *Genevay* (26 juillet 1895, p. 615) que le fait pour un surveillant d'avoir pendant la préparation de l'épreuve d'admissibilité fourni des renseignements à un candidat n'entraînait pas la nullité des opérations du concours alors que la surveillance avait été organisée conformément aux règles en vigueur.

Cet arrêt faisait une application extrêmement stricte du principe suivant lequel le recours pour excès de pouvoir n'est ouvert que lorsque le requérant invoque la violation d'un texte légal ou réglementaire, car il y avait bien eu atteinte au principe de l'égalité entre concurrents.

Mais il résulte des motifs d'un arrêt ultérieur, que le Conseil examine maintenant de plus près, s'il y a eu fraude ou non. Il a en effet décidé par l'arrêt *Gros* (28 janvier 1918, p. 27) que le fait qu'un candidat avait communiqué avec un membre du jury ne constituait pas

une irrégularité, si cette demande avait pour objet de signaler une infraction au règlement commise par un concurrent.

Ainsi donc, s'il avait été prouvé que le surveillant lui avait donné des renseignements, le Conseil aurait prononcé l'annulation.

Enfin, tous les membres du jury sont-ils tenus d'assister personnellement à toutes les épreuves ?

La jurisprudence du Conseil d'Etat distingue entre la présence aux délibérations, qui ne souffre aucune exception (arrêt Pacqué 22 juillet 1910, p. 618) et que nous examinerons à propos de l'établissement de la liste de classement, et la présence aux épreuves, pour laquelle le Conseil est plus tolérant, à moins bien entendu de dispositions réglementaires précises.

Cette distinction est nettement posée par l'arrêt Gros (28 janvier 1918, p. 27). Le Conseil a décidé que si une disposition du règlement du concours exige que les membres du jury prennent part à toutes les décisions, cette prescription ne signifie pas que les examinateurs doivent obligatoirement prendre part à la surveillance de toutes les épreuves.

Il est bien évident que la présence de tous les membres du jury est inutile pour la surveillance des épreuves écrites. La présence d'un des juges assisté, le cas échéant, de plusieurs surveillants, suffit à assurer la régularité des épreuves.

Par l'arrêt Brault du 16 novembre 1894 (p. 595) le Conseil d'Etat s'est encore refusé à sanctionner une irrégularité légère qui s'était produite au cours des épreuves.

Il s'agissait du concours d'agrégation des Facultés de médecine pour la section de pathologie interne et de médecine légale.

Le pourvoi était fondé sur la violation de l'article 7 du statut, en vertu duquel, en cas d'empêchement d'un de ses membres, le jury se complète, lors de la première séance, au moyen d'un tirage au sort fait parmi les membres supplémentaires.

En effet, le jour de l'ouverture du concours, le jury s'était réuni hors la présence des candidats ; le président fit aussitôt savoir à ses collègues que l'un des membres désigné par le ministre, venait d'être atteint d'une indisposition subite mais passagère, et demandait qu'on l'attendit quelques heures enfin qu'il pût prendre part aux travaux du jury.

Les membres présents accédèrent à cette demande, et il fut décidé que la séance serait suspendue pendant le temps nécessaire pour permettre au dernier membre du jury d'arriver. Comme il était déjà tard, le jury s'étant réuni à cinq heures, la séance fut renvoyée au lendemain.

Cependant, au lieu de se séparer aussitôt après avoir décidé de suspendre la séance, les membres du jury voulurent profiter de la présence des candidats pour procéder à quelques unes des mesures préparatoires qui sont le préliminaire obligé de tous les concours. Ils procédèrent d'abord à la nomination du secrétaire. Puis les candidats ayant été introduits, le président invita chacun d'eux à désigner la Faculté pour laquelle il se présentait et à faire valoir les motifs de récusation qu'il pouvait avoir à l'égard de tel ou tel membre du jury. Aucun motif de récusation ne se produisit ; la séance fut alors suspendue.

Le lendemain, à la reprise, les membres du jury se trouvèrent au complet ainsi que les juges supplémentaires. Avant de rouvrir la séance publique le président de-

manda à ses collègues de faire connaître s'ils avaient des motifs de récusation. Sur leur réponse négative, et à ce moment seulement, il déclara le jury constitué et les membres supplémentaires se retirèrent. Les candidats ayant été ensuite introduits, le président fit l'appel prévu par l'article 14 du statut et arrêta définitivement la liste de ceux qui étaient admis à concourir. Les opérations du concours se poursuivirent dès lors et s'achevèrent sans incident. Tels sont les faits. Le Conseil d'Etat a décidé qu'ils n'étaient pas de nature à faire annuler les opérations du concours, qu'ainsi le jury n'avait pas l'obligation de se compléter dès la première séance en faisant appel à un juge supplémentaire.

Sa décision est ainsi motivée :

« Considérant que le 4 janvier (date de la première réunion du jury) 1892, en l'absence d'un de ses membres retenu au début de la séance par une indisposition passagère, mais annonçant son arrivée, le jury, au lieu de se compléter au moyen d'un tirage au sort fait parmi les membres supplémentaires, a décidé de s'ajourner au lendemain pour commencer les opérations, qu'il n'a été procédé le 4 janvier à aucun acte de concours, que c'est seulement le lendemain, alors que le jury constitué par le ministre était au complet, que les juges ont été invités à indiquer les motifs de récusation qui pouvaient exister à leur connaissance, qu'il a été procédé à l'appel des candidats, conformément à l'article 14 du statut et que l'exclusion a été prononcée contre les absents. Que, dans ces circonstances, les faits allégués par le recours ne constituent pas une infraction aux dispositions de l'article 7 du statut, qui soit de nature à vicier les opérations auxquelles il a été procédé, que c'est par suite avec raison que

par la décision attaquée le Ministre de l'Instruction Publique a rejeté la protestation dont il était saisi ».

Cette décision est justifiée. En effet, suivant les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement, l'article n'exige pas que le jury doive se compléter dès le début de la première séance; il prescrit seulement que le jury doit être au complet lors de la première séance. Et le fait d'avoir suspendu la séance jusqu'au lendemain ne constitue pas en lui-même une irrégularité. Ce qui est essentiel, c'est que les opérations proprement dites ne commencent que devant un jury complet, composé du nombre des membres prescrits par le ministre et régulièrement constitué.

Or, en l'espèce, la séance du 4 janvier n'a été employée qu'à des mesures préparatoires et d'ordre intérieur, qui n'ont aucunement le caractère d'actes de concours.

. Tout d'abord la nomination du secrétaire est le préalable nécessaire au fonctionnement de tout comité, de tout jury d'examen. La rédaction du procès-verbal doit être assurée dès le début de la séance. Rien ne s'oppose dans le statut à ce que cette nomination soit antérieure à la constitution du jury. C'est d'ailleurs un acte auquel les candidats restent absolument étrangers, qui ne constitue nullement pour eux une garantie, le règlement permettant même que le secrétaire soit choisi en dehors des membres du jury.

En second lieu la demande purement officieuse adressée à chaque candidat, d'indiquer la Faculté pour laquelle il se présentait, n'était point l'appel prévu par l'article 14 du statut. Cette dernière formalité, qui précède la lecture des lettres de désistement, l'exclusion des

candidats absents, et enfin la clôture de la liste des candidats admis à concourir, n'a eu lieu que le 5 janvier après la constitution du jury.

Reste la question de récusation, nous estimons que, sur ce point, si les dispositions de l'article 8 du statut ont un caractère impératif au regard des membres du jury, qui sont tenus de déclarer les motifs de récusation existant en leur personne, elles ne constituent pas pour les candidats un droit dont ils puissent revendiquer l'exercice. Il leur appartiendra seulement si les dispositions de l'article 8 ont été méconnues de demander par ce motif l'annulation du concours en vertu de l'article 24.

Ainsi, aucune des mesures prises dans la séance du 4 janvier n'a été à proprement parler une opération de concours.

Inversement, il existe des cas où des irrégularités graves résultent de l'absence de membres du jury.

Ainsi dans l'arrêt Bouvet (17 juin 1927, p. 676) : il s'agissait d'un concours organisé par la Ville de Paris pour des postes d'inspecteurs principaux de la navigation de la Seine. Or, le président du jury n'avait pas assisté à toutes les épreuves. Le Conseil d'Etat a prononcé la nullité des opérations. L'irrégularité commise en l'espèce était fort grave. La décision du Conseil d'Etat ne soulève aucune objection.

Les épreuves étant terminées, il appartient au jury d'en déduire les conclusions nécessaires. C'est la confection de la liste des admis qui constitue le dernier acte du jury. La détermination de cette liste doit également être faite conformément au règlement du concours. C'est cette question qu'il nous faut maintenant étudier.

Section III

La liste des admis

En cette matière le contrôle du Conseil d'Etat repose sur deux principes qui découlent de la nature juridique des jurys de concours.

Cette nature a été parfaitement mise en lumière par M. le Doyen Hauriou : les jurys de concours sont des autorités administratives, doués d'une certaine autonomie et ayant des pouvoirs propres de décision, mais leur compétence ne peut s'exercer valablement qu'à la condition que les dispositions légales et réglementaires organisant leur fonctionnement aient été soigneusement respectées.

De ces principes résultent les conclusions suivantes :

Le jury a tout d'abord un pouvoir absolument discrétionnaire en ce qui concerne le jugement de l'aptitude des candidats, et le pouvoir de contrôle qui appartient normalement au ministre sur les autorités administratives, ne peut s'exercer sur les décisions du jury ayant trait à l'aptitude des candidats.

Il n'en est pas de même pour les conditions dans lesquelles le jury a procédé à ce jugement. Si les règles légales et réglementaires de délibération n'ont pas été respectées, la compétence du jury a été irrégulièrement exercée, et la décision qu'il a prise ne peut être considérée comme valable.

Il appartient dans ce cas à l'autorité compétente, c'est-à-dire au ministre tout d'abord, et au Conseil d'Etat ensuite, d'annuler la décision du jury.

Même dans ce cas, l'autorité investie du pouvoir de

contrôle ne peut substituer son appréciation à celle du jury, et le seul pouvoir qu'elle possède est celui d'annuler, purement et simplement les opérations du concours, sans qu'il lui soit permis de rectifier la décision du jury en modifiant le classement des candidats.

Ainsi le contrôle du ministre et du juge ne peut porter sur le fond de la décision du jury, sur l'appréciation de la valeur du candidat.

La jurisprudence est sur ce point constante depuis l'arrêt de Dampierre (11 août 1869) jusqu'à l'arrêt Filippi du 24 février 1932, p. 226). Il résulte de ces arrêts que l'appréciation de la valeur des épreuves des candidats ne peut être discutée devant le Conseil d'Etat.

Les observations ministérielles présentées dans l'affaire de Dampierre, mettent parfaitement en lumière les pouvoirs qui appartiennent au jury de concours.

Il s'agissait de la décision d'un jury qui avait exclu un élève de l'Ecole Navale en le déclarant inadmissible à la seconde année d'études. M. le Ministre faisait remarquer dans ses observations au pourvoi :

« Lorsqu'il s'agit de l'admissibilité d'un élève à l'Ecole, il semble que l'examen de ses aptitudes, de ses connaissances, de sa conduite même, de toutes les conditions enfin de son admissibilité, n'est pas susceptible de révision puisqu'elle est toute entière dans la conscience du juge, et que la seule garantie qui puisse être assurée aux candidats est dans la composition du jury d'examen dont l'indépendance et l'impartialité inspirent une pleine confiance. Le Gouvernement a porté encore plus loin sa sollicitude, et un décret a marqué d'une manière précise les règles dont le jury d'examen doit faire l'application dans son appréciation du mérite des candidats.

« Un jury dont la composition est fixée par le décret même, statue souverainement sans appel ni recours, sur les aptitudes des élèves et j'ajoute que c'est avec grande raison que le décret, en refusant d'admettre un recours quelconque contre la décision du jury, a fermé la porte à des réclamations qui ne pourraient être appréciées en pleine connaissance de cause par le ministre et dont le premier inconvénient serait de nuire à l'autorité de ces décisions et d'en compromettre l'indépendance.

« Si les décisions du jury sont souveraines et s'il n'est pas permis de les reviser sont-elles susceptibles d'un recours contentieux ? J'admets bien que si le jury s'écarte des règles tracées par le décret pour limiter son droit d'apprécier...

« En un mot, si la décision du jury est souveraine dans les limites fixées à sa mission, il m'appartient de vérifier s'il a, dans ses décisions, observé les règles de sa compétence et, tout en respectant l'indépendance de ses appréciations, je devrai annuler toutes décisions qui ne seraient pas conformes aux prescriptions réglementaires ».

Dans ces observations se trouve déjà exprimée l'idée essentielle qui sert de base à la jurisprudence du Conseil d'Etat. C'est ainsi que dans un arrêt *Orticoni* (27 mai 1922, p. 522), le Conseil d'Etat a décidé que le jury pouvait éliminer, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, un candidat admissible même si ses épreuves définitives ne sont pas inférieures à celles des concurrents admis.

Mais de plus la juridiction administrative reconnaît au jury un pouvoir absolu pour admettre seulement le candidat qu'il croit apte à remplir les fonctions mises au concours. Le jury n'est jamais obligé de présenter un nombre de candidat égal à celui de places à pouvoir.

§ 1. *Nombre de candidats admis.*

Au pouvoir discrétionnaire qui appartient au jury pour apprécier l'aptitude des candidats, il importe de rattacher la question du nombre des admis. Le jury, ayant en effet plein pouvoir d'appréciation sur la valeur des candidats, peut estimer que quelques uns seulement possèdent les qualités nécessaires à l'exercice de la fonction pour laquelle le concours est ouvert. Ce nombre de candidats peut être inférieur à celui des places mises au concours.

Le jury a donc la faculté de ne déclarer admissibles que les candidats qui lui semblent capables d'assurer les fonctions auxquelles ils seront susceptibles d'être nommés par la suite. Il a même la possibilité de n'accueillir aucun des candidats.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est constante en ce sens ; elle s'est exprimée notamment par un arrêt *Orticoni* (27 mai 1922, p. 522). Il résulte de cette décision, d'une part, que le jury est libre de ne pas admettre un nombre de candidats égal à celui des places mises au concours, et, que d'autre part, il n'est pas tenu de motiver sa décision.

De même, par un arrêt *Blum* (31 octobre 1930, p. 886), le Conseil a confirmé sa jurisprudence. Il s'agissait en l'espèce du concours d'agrégation des Facultés de droit. En ce qui concernait l'attribution de la dernière place, le jury échangea des observations et vota sur la question préalable de son attribution. Le Conseil admit la légalité de cette procédure ; c'est l'application pure et simple de la théorie des actes discrétionnaires. Le juge, ainsi que

l'administration, ne peuvent se substituer au jury pour l'appréciation de titres des candidats.

Mais quelque'étendu que soit ce pouvoir discrétionnaire il doit s'exercer dans les conditions réglementaires, suivant les principes généraux que nous avons déjà dégagés.

§ 2. *Contrôle du juge.*

Le contrôle du juge sur les décisions du jury de concours présente deux aspects. La violation des dispositions légales et réglementaires, qui seules peuvent être invoquées devant le Conseil d'Etat, a pu vicier, soit les éléments de la décision, soit le mode de délibération du jury.

A. *Eléments de la décision.*

Il est certain, qu'ici, le pouvoir d'appréciation, purement discrétionnaire, qui appartient au jury, tient une large place. Il existe néanmoins certains éléments fixés par les lois et règlements, qui s'imposent au jury et dont il doit tenir compte obligatoirement, à peine de nullité de sa décision.

Certaines dispositions s'imposent au jury, tout d'abord dans la détermination de certaines notes, et ensuite dans le calcul de points et notamment pour la fixation de la somme de points nécessaires pour l'admissibilité.

C'est ainsi que certains règlements de concours imposent au jury l'obligation de tenir compte de services antérieurs effectués par le candidat sous forme de bonification de points. Si le jury refusait de tenir compte de ces dispositions, ou s'il commettait une erreur dans leur application, il appartiendrait au ministre en premier lieu, et au

Conseil d'Etat ensuite, de vérifier la légalité de la décision du jury et d'examiner si c'est à tort ou non qu'il a refusé ou admis les bonifications. Il s'agit ici, en effet, non du contrôle du pouvoir discrétionnaire, mais de l'application d'un texte. C'est donc bien à la juridiction administrative d'en connaître en dernier ressort.

Ce principe résulte *a contrario* de deux arrêts du Conseil d'Etat : arrêts Salles (4 mars 1921) et Chaverrat (25 juin 1931, p. 685). Dans ces deux affaires les requérants prétendaient que c'était à tort que le jury ne leur avait pas accordé certaines bonifications d'ancienneté. Après examen des textes invoqués, le Conseil d'Etat a décidé que c'était par une exacte application des textes en vigueur que le jury avait refusé de leur accorder ladite bonification.

Mais de plus par un arrêt Bourguin (11 mai 1923) le Conseil d'Etat a décidé que le jury de classement à la sortie de l'Ecole Polytechnique, s'il n'avait pas qualité pour modifier les notes attribuées aux élèves par le personnel enseignant, avait le pouvoir de vérifier avant de procéder au classement si les règlements ont été respectés et de statuer sur les réclamations formulées au sujet des omissions ou erreurs matérielles qui seraient relevées dans l'attribution des dites notes.

On peut conclure de ces deux décisions que le Conseil d'Etat se reconnaît le droit de vérifier l'établissement des notes pour lesquelles une disposition impérative du règlement du concours a fixé certaines modalités.

Mais le contrôle du juge ne se borne pas à la vérification de certaines notes, il se reconnaît un pouvoir plus général, toujours dans la limite fixée par les lois et règlements, pour vérifier le calcul des points tel qu'il a été

fait par le jury et notamment pour l'établissement de la note éliminatoire. Il ne s'agit pas évidemment pour le juge de substituer son appréciation à celle du jury, mais uniquement de contrôler si les notes, telles qu'elles ont été déterminées souverainement par les examinateurs, ont été correctement additionnées.

Ainsi par deux arrêts Picquard (19 décembre 1919, p. 941) et demoiselle Evrard et dames Gérard et Roche (17 février 1932, p. 185), le Conseil a appliqué ce pouvoir de contrôle qui lui appartient. Dans le premier arrêt le juge a sanctionné le fait, pour le jury, de n'avoir attribué à la dernière épreuve que 20 points au lieu de 60 suivant les dispositions réglementaires, le classement des concurrents s'était trouvé de ce fait profondément modifié.

Dans le second arrêt, il s'agissait d'une erreur commise par le jury dans la détermination de la note éliminatoire. Le Conseil d'Etat a également sanctionné cette irrégularité qui avait fait éliminer à tort certains candidats.

Tel est le principe qui a été posé par le Conseil ; ses effets en seront étudiés plus loin.

Il importe enfin de rappeler que, suivant un principe général appliqué par le Conseil d'Etat, l'annulation d'un acte ne peut être demandée que si le motif sur lequel se fonde le requérant a eu une influence réelle sur cet acte. Il en est de même en matière de concours, et l'erreur de jury ne peut être sanctionnée que si elle a eu une influence déterminante dans la confection de la liste des admis. C'est l'application du principe suivant lequel tous les concurrents doivent être sur un pied d'égalité et bénéficier de

toutes les dispositions légales et réglementaires, prises du reste dans l'intérêt du bon fonctionnement du service public. Là, s'arrête le contrôle du juge, il n'a pas à sanctionner une irrégularité qui s'est révélée sans effet sur l'appréciation définitive des résultats.

C'est ce que le Conseil a décidé dans l'arrêt Montbréal (9 janvier 1929, p. 30). Une erreur s'était glissée dans le décompte des points pour le concours de l'Ecole normale supérieure, au détriment du requérant ; les juges ont décidé que c'était à bon droit, et sans qu'il y ait lieu d'ordonner une nouvelle enquête, que le ministre avait refusé de modifier la liste des admissibles, car l'erreur était sans influence sur les résultats du concours, le candidat ne justifiant d'aucune autre irrégularité qu'une erreur matérielle dans le décompte des points dont la rectification ne modifiait pas utilement son rang de classement.

Cette solution est absolument conforme aux principes suivis par la jurisprudence administrative. Il eut été absolument inutile de modifier la liste des admis, puisqu'il ne s'agissait en l'espèce que d'une erreur individuelle qui ne modifiait en rien la liste des candidats reçus.

B. *Forme de la décision. — Mode de délibération.*

Les dispositions légales ou réglementaires relatives au mode de délibération des jurys peuvent être étudiées sous trois aspects : obligation de présence pour les examinateurs, discussion préalable, conditions de majorité et scrutin.

a. *Obligation de présence.* — Le Conseil d'Etat veille strictement à ce que le nombre des examinateurs présents soit conforme aux dispositions légales ou réglemen-

taires. Il s'agit ici d'un acte extrêmement grave, puisqu'il sanctionne les épreuves d'une façon purement discrétionnaire. Les candidats ont donc droit à l'observation stricte de toutes les garanties qui leur ont été accordées et notamment à la présence du nombre d'examineurs nécessaires.

Le Conseil d'Etat posa ce principe dans un arrêt Pacqué (22 juillet 1910, p. 618). Il a annulé les résultats d'un concours, dans cette espèce :

« Considérant que lors de l'examen des titres du sieur P., par le jury réuni à cet effet à l'Ecole Vétérinaire d'Alfort, l'un des membres désigné par le Conseil général de l'Eure était absent ; qu'ainsi ledit jury n'était pas constitué conformément à la loi ; que dès lors... son avis devait être considéré comme non avenu ».

Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt Gros du 28 janvier 1918, p. 27 d'où il résulte implicitement que lorsqu'un règlement impose aux examinateurs d'être présents à toutes les décisions prises par le jury, l'inobservation de cette disposition est susceptible d'entraîner l'annulation des résultats du concours.

Mais il semble bien qu'en l'absence de toute disposition réglementaire la jurisprudence du Conseil serait moins sévère.

b. *Discussion préalable.* — Cette discussion constitue une garantie de bonne justice pour les candidats. Elle doit être respectée, mais ne s'impose pas au jury en dehors d'un texte.

C'est ce qui résulte d'un arrêt ancien du Conseil d'Etat Allard Bovy et consort (1849). Par cette décision, le Conseil a rejeté un recours qui se fondait sur l'absence de discussion préalable, parce que ce mode de procéder

« n'était pas contraire aux dispositions du règlement du concours ».

Il semble qu'actuellement la décision serait identique.

c. *Scrutin*. — Il constitue l'acte final des opérations du jury. Le scrutin est le vote que les examinateurs émettent sur chaque candidat.

Il ne doit pas être confondu avec le vote du jury sur le point de savoir s'il y a lieu ou non à attribuer toutes les places mises au concours.

C'est ce qui a été décidé par un arrêt Blum (31 octobre 1930, p. 886). Le Conseil a estimé dans cette affaire, qu'un échange d'observations entre les membres du jury sur la valeur des épreuves ne constitue pas un scrutin. Le seul vote émis par le jury en ce qui concerne la cinquième place d'agrégé mise au concours n'ayant pas porté sur le nom des candidats à désigner, mais seulement sur la question préalable de savoir si ladite place devait être ou non attribuée, il n'y a pas eu violation des dispositions du statut d'après lesquelles, lorsqu'un scrutin a été ouvert sur la désignation d'un candidat et n'a pas donné de résultats, il est procédé à de nouveaux scrutins jusqu'à ce qu'un des candidats ait obtenu la majorité absolue.

Le scrutin ayant lieu, les règles de majorité doivent être rigoureusement observées. Il s'agit ici de l'application de règles propres au règlement de chaque concours ; il suffit de rappeler que le juge veille strictement au respect des formalités.

Une question d'un intérêt plus général se présente cependant. Un membre du jury peut-il s'abstenir ?

Le Conseil d'Etat a tranché cette question dans l'arrêt Mathieu (28 juillet 1905, p. 696). Cette décision qui a été

rendue à propos d'un concours d'agrégation devant les Facultés de médecine, pose un principe d'une portée générale.

Les articles 21 et 22 du statut d'agrégation des Facultés de médecine du 16 novembre 1874 portent que les décisions du jury relatives à l'admission des candidats doivent, aux deux premiers tours de scrutin, être prises à la majorité absolue des suffrages.

L'article 10, d'autre part, prévoit le cas où la décision peut être rendue par cinq jurés.

Or, lors du concours de 1904, au moment du vote, le jury était composé de 9 membres. Lors du vote 4 de ceux-ci s'abstinrent.

Le Docteur Mathieu obtint 4 voix et un autre concurrent une voix. Le ministre annula les opérations du concours pour vice de forme. Le Docteur Mathieu s'est pourvu devant le Conseil d'Etat .

Les juges ont ainsi motivé leur décision :

« Considérant que, si l'article 10 du statut dispose que le jugement du jury peut être valablement rendu par 5 juges, cette disposition n'est applicable qu'au cas où certains membres du jury ont été empêchés d'assister à une des opérations de concours, mais que les membres du jury présents à la séance du jugement sont tenus d'exprimer leur avis ; que, dès lors, ceux de ses membres qui sont portés au procès-verbal comme s'étant abstenus, doivent être considérés, comme ayant émis un vote contraire à chacun des candidats en présence. Considérant que, de ce qui précède, le Docteur Mathieu n'est pas fondé à soutenir qu'il avait obtenu la majorité absolue au premier tour de scrutin, qu'il suit de là que c'est avec raison que le ministre, faute par le jury d'avoir procédé à un second

tour de scrutin et à une présentation régulière, a annulé pour vice de forme les opérations du concours.

Cette décision qui garantit la sincérité du scrutin, peut être rapprochée de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'élection de maire, aux termes de laquelle les membres du Conseil municipal présents au début de la séance, mais qui n'ont pas pris part au vote ne peuvent être considérés comme absents, et entrent en compte pour déterminer si le Conseil municipal était en nombre suffisant pour délibérer.

Ainsi donc, le jury a terminé ses opérations. La liste des candidats qui seront présentés est établie. Quels sont les effets de l'inscription sur cette liste ? C'est ce qui nous reste à examiner.

CHAPITRE VII

EFFETS DE LA PRÉSENTATION SUR LA LISTE DES ADMIS

Le jury est une autorité administrative qui fonctionne sous l'autorité du chef de service qui possède le pouvoir de nomination.

Il en résulte que ce dernier a toujours le pouvoir de vérifier la légalité des opérations du concours. Si celles-ci ne se sont pas déroulées conformément au règlement, ou si elles sont entachées d'un vice grave, l'autorité qui a la responsabilité du fonctionnement du service ne peut en accueillir les résultats.

Ce contrôle est du reste exercé par le chef de service, soit spontanément, soit sur l'initiative des candidats.

Il importe de préciser deux points : d'une part quels sont les pouvoirs qui appartiennent à l'administration, d'autre part quelles sont les conditions de recours contre de telles décisions.

Section I

Pouvoirs qui appartiennent à l'administration

Le jury, ayant été institué en vue d'assurer un recrutement impartial des fonctionnaires, il en résulte qu'il possède un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'aptitude des candidats. En aucun cas, l'administration ne peut substituer son appréciation à la sienne, en cas d'irrégularités.

En principe donc, lorsque le chef de service estime qu'une irrégularité a vicié un concours, il ne peut redresser les résultats selon ce qu'il croit être juste. Le seul pouvoir qui lui appartienne est d'annuler purement et simplement la liste proposée par le jury et d'ordonner un nouveau concours.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est constante en ce sens. C'est ainsi, que par un arrêt Grellet (1^{er} décembre 1922, p. 899) le Conseil d'Etat a annulé une décision d'une commission administrative d'hospice qui, ayant estimé qu'un concours avait eu lieu dans des conditions irrégulières, avait nommé le candidat classé second par le jury. Cette nomination a été annulée et l'arrêt précise que le seul droit qui appartienne à l'autorité investie du pouvoir de nomination, est celui d'ouvrir un nouveau concours.

Dans le même sens, arrêt Sans 19 décembre 1924.

L'application de ce principe, lorsqu'il s'agit d'irrégularités ayant entaché les épreuves, ne soulève aucune difficulté d'application. Il apparaît clairement en effet qu'il est absolument impossible au chef de service de pouvoir rétablir avec exactitude la liste de classement, telle

qu'elle aurait dû être faite s'il n'y avait pas eu d'irrégularités.

Mais la question est différente lorsqu'il s'agit d'irrégularités ayant entaché la délibération du jury. Dans ce cas, il convient de distinguer deux hypothèses. Tout d'abord la nullité invoquée pour demander l'annulation de la décision du jury se fonde-t-elle sur une irrégularité qui vicie l'ensemble de la décision ? Par exemple, parce que le quorum n'a pas été atteint, ou que le scrutin a eu lieu dans des conditions irrégulières.

Ou bien la nullité ne concerne-t-elle qu'un point précis et dont les effets peuvent être déterminés avec certitude ? C'est le cas par exemple d'une erreur du jury dans le calcul des points.

Dans la première hypothèse il s'agit d'une irrégularité viciant gravement l'ensemble des résultats, et conformément au principe général le seul pouvoir du chef de service et du juge, est l'annulation pure et simple des résultats.

Il n'en est pas de même dans la seconde hypothèse ; l'irrégularité invoquée peut être facile à réparer, elle peut être détachée de l'ensemble des résultats et, dans ce cas, il est permis de rétablir la liste de classement telle qu'elle aurait dû être faite.

Ainsi donc, le chef de service peut, après avoir constaté une irrégularité entachant la liste des candidats reçus y apporter certaines modifications.

Mais l'erreur doit être purement matérielle. Dans ce cas il n'y a pas modification à proprement parler de l'appréciation souveraine faite par le jury, mais simplement rectification d'une erreur facile à réparer.

Dans un arrêt Picquand (19 décembre 1919, p. 941)

le Conseil d'Etat avait déjà décidé que si, aux termes du statut de l'agrégation, le jury de concours ne pouvait attribuer que 20 points au lieu de 60, comme il a été fait par erreur pour la deuxième épreuve définitive, il appartenait au ministre de signaler cette irrégularité au jury et même, si cela était nécessaire, de demander un redressement de la liste primitivement arrêtée, en vue de la faire correspondre aux résultats exacts du concours.

Cette rectification opérée le ministre en décidant que le Docteur G., se trouvant, en raison des points obtenus, désigné pour être institué agrégé, n'a commis aucun excès de pouvoir et n'a fait que constater le résultat des opérations du concours par l'application stricte en l'espèce des règles du statut de l'agrégation.

Dans le même sens arrêt Albertini (23 janvier 1930, p. 91) le Conseil a décidé que n'était pas entachée d'excès de pouvoir la radiation d'un candidat, admis par le jury à la suite des opérations d'un concours, alors que son inscription avait été le résultat d'une erreur matérielle.

Mais il faut qu'il s'agisse d'une erreur facile à réparer. C'est ainsi que la même erreur peut donner lieu à des solutions différentes, suivant qu'elle s'est produite, pour le cas d'un concours divisé en deux parties, épreuves préparatoires et épreuves définitives, avant ou après l'admissibilité.

Dans les arrêts précités il s'agissait d'irrégularités qui avaient entaché la dernière décision du jury; elles étaient donc faciles à réparer.

Il n'en est pas évidemment de même lorsque l'erreur a influé sur la confection de la liste des admissibles aux épreuves définitives, et qu'elle n'a été relevée qu'à la fin des opérations du concours.

En effet, certains candidats ont pu n'être pas déclarés admissibles, en raison uniquement de cette erreur matérielle ; dans ce cas les effets de l'irrégularité sont impossibles à discerner, elle ne peut être réparée. La solution qui s'impose est donc l'annulation du concours.

Ainsi en a décidé le Conseil d'Etat dans un arrêt du 17 février 1932 (demoiselle Evrard et dames Gerardy et Roche, p. 185). Le jury avait commis une erreur dans la détermination de la note éliminatoire des épreuves définitives. Le concours a été, à bon droit, annulé par le Gouverneur général, et les candidats ne sont pas fondés à demander l'annulation de son arrêté.

Tels sont les pouvoirs qui appartiennent au chef de service au regard de la liste des candidats reçus.

Mais de telles décisions, soit qu'elles annulent, soit qu'elles confirment les résultats du concours, sont susceptibles de recours.

Toutefois ce sont des actes discrétionnaires, et les principes généraux du contrôle de tels actes s'appliquent à cette matière. Il suffira de les rappeler. Si la décision n'est pas motivée en fait, les motifs invoqués doivent être exacts et, si elle est motivée en droit, les motifs doivent être fondés (Conseil d'Etat 17 février 1932, demoiselle Evrard).

Après rectification des erreurs dans les conditions qui viennent d'être étudiées, ou après confirmation de la liste dressée par le jury, soit par le chef de service, soit par le Conseil d'Etat, il convient d'examiner quels sont les effets juridiques de cette inscription sur la liste des reçus.

Section II

Effets de l'inscription sur la liste des admis définitivement approuvée

Pour saisir avec précision les effets juridiques de l'inscription sur la liste des admis, une fois celle-ci approuvée, il convient de distinguer soigneusement deux questions de nature différente.

Tout d'abord, l'agent ayant le pouvoir de nomination est-il obligé de procéder à la nomination des candidats reçus ?

Et ensuite, au cas où le chef de service procède à ces nominations est-il obligé de suivre rigoureusement l'ordre de classement ?

§ 1. *L'agent est-il obligé de procéder aux nominations ?*

Il importe de distinguer entre les deux catégories de concours qui existent : il y a tout d'abord, les cas en sont cependant très rares, des concours de nomination, ensuite, c'est la règle générale, des concours de présentation. Examinons successivement ces deux hypothèses.

A. *Les concours de nomination.*

Ces concours ont pour objet la nomination d'un candidat à un poste déterminé pour une certaine date. Dans ces cas, le nombre de places mises au concours est égal à celui des vacances, et les candidats reçus entrent obligatoirement en fonctions à une date déterminée par le règlement du concours.

Ainsi, en ce qui concerne le concours de l'auditorat au

Conseil d'Etat, un concours est ouvert au mois de décembre pour combler les vacances, s'il y a lieu, et les candidats reçus entrent en fonction le 1^{er} janvier de l'année suivante.

En réalité donc, pour cette catégorie de concours, suivant l'opinion de M. Jèze (*Statut des fonctionnaires*, 1929, p. 70) le pouvoir de nomination appartient, non au chef de service, mais au jury de concours.

Il en résulte que les candidats présentés par le jury doivent être nommés. Le pouvoir de nomination est lié, et il est obligé juridiquement de procéder à la nomination.

En cas de refus, celui-ci pourrait être déferé au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir, mais, de plus, une action en responsabilité pourrait être intentée. Le détail de ces actions sera étudié plus loin.

Il semble cependant, quelle que soit la force obligatoire qui est attachée à ces concours de nomination, qu'il peut exister certain cas qui autoriseraient l'administration à ne pas procéder aux nominations. Ceux-ci sont au nombre de trois : ils seront examinés avec détail dans la section suivante, il suffit ici de les signaler : ce sont les cas où le service est légalement modifié et où les emplois mis au concours se trouvent supprimés. En second lieu, la nomination pourrait ne pas intervenir, s'il était reconnu que le candidat ne présentait pas les conditions requises pour se présenter ; enfin, c'est l'hypothèse où l'on aurait découvert, depuis l'admission à concourir, des faits graves sur sa moralité, de nature à le faire exclure du service public.

Hors ces cas exceptionnels le principe est que le candidat reçu à un concours de nomination doit obligatoirement être nommé.

B. *Les concours de présentation.*

Les effets juridiques sont ici entièrement différents ; les deux catégories de concours doivent être soigneusement distinguées. Les concours de présentation obéissent à des règles propres et ne peuvent en aucun cas être assimilés au concours de nomination.

M. le Doyen Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, t. III, 1923, p. 134) estime cependant que pour résoudre la question des effets de l'inscription sur la liste des candidats reçus il faut faire une distinction : si le concours est ouvert pour un nombre de postes d'une fonction déterminée, par le fait même qu'il est reçu, le candidat se trouve investi de la fonction, et le ministre ne peut l'en écarter. Il ne le pourrait que par une révocation faite conformément à la loi de la fonction. Si au contraire, comme c'est le cas le plus habituel, le concours est seulement un concours d'aptitude à être nommé à une fonction, le ministre n'est certainement pas obligé d'y nommer tous ceux qui ont été admis. Seulement ici l'administration supérieure peut procéder discrétionnairement. En éliminant tel ou tel candidat, elle ne peut se déterminer que par des considérations de service public ».

Suivant M. le Professeur Jèze cette opinion est trop absolue, et élargit le champ d'application du concours de nomination.

La distinction entre les concours de nomination et de présentation se trouve en effet uniquement dans le règlement du concours, et lorsqu'il s'agit d'un concours de présentation peu importe que celui-ci soit ouvert pour un nombre de place égal aux vacances ou pour un nombre supérieur, ce fait est insuffisant pour que l'on considère qu'un même concours peut être tantôt de pré-

sensation, tantôt de nomination. Le nombre de places mises au concours par rapport aux vacances, ne peut modifier la nature du concours et dans les deux cas, les effets de l'inscription sur la liste des admis restent identiques.

Or, la nature juridique de cette inscription pour les concours de présentation est de donner au candidat la possibilité d'être nommé. Mais il ne peut faire un fonctionnaire d'un individu qui ne l'est pas. Le succès au concours est une condition essentielle pour pouvoir être nommé ; il rend le candidat apte à certaines fonctions. Seule la condition mise par le règlement pour être nommé est remplie.

Ainsi donc il est de principe que la présentation par un jury de concours ne confère au candidat aucun droit à nomination future. Il lui donne simplement vocation à y être appelé. Le seul droit qui appartienne au candidat est celui d'exiger qu'on le présente à l'autorité compétente pour faire la nomination. Ainsi le Conseil d'Etat a décidé dans un arrêt du 15 mai 1931 (Chaigneau, p. 593), que l'admissibilité étant prononcée par la commission de correction, le Gouverneur général excédait ses pouvoirs en ne comprenant pas sur la liste d'admissibilité un candidat déclaré admissible par la commission.

Mais il ne possède aucun autre droit. C'est ce qui a été admis par la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Le Doyen Hauriou se prononce pour cette opinion dans sa note sous l'arrêt Brault (S., 96-III-65). De même pour M. Jèze, l'agent investi du pouvoir de nomination n'est pas lié, en ce sens qu'il serait tenu de nommer les candidats déclarés admissibles par le jury. Il reste libre

de ne nommer aucun des candidats (*Revue du droit public*, 1904, p. 523).

La présentation par le jury n'est donc bien qu'une condition qui ne lie pas l'agent. La raison d'être de ce principe se trouve dans l'idée de bon fonctionnement des services publics. L'agent investi du pouvoir de nomination est en effet responsable du bon fonctionnement des services qu'il dirige, et il est notamment responsable des nominations. Or, la jurisprudence du Conseil d'Etat a toujours eu soin de distinguer entre les décisions dont les effets sont conformes aux nécessités du bon fonctionnement des services publics, et celles qui ne le sont pas.

Dans le premier cas il confirme la décision de l'administration, dans le second cas il l'annule.

Enfin il importe de rappeler le principe suivant lequel le juge ne se reconnaît pas le droit de s'immiscer dans le fonctionnement de l'administration, et notamment d'apprécier l'opportunité des décisions.

Il résulte de ces différents principes que la simple présentation par un jury de concours ne confère aucun droit à nomination future.

C'est ce que le Conseil d'Etat a décidé dans l'arrêt Avignier (18 novembre 1904, p. 708) « Le fait d'avoir été classé 17^e sur la liste d'admissibilité ne confère au sieur Avignier aucun droit à nomination future ».

De même, dans ses conclusions pour l'arrêt Mathieu (28 juillet 1905) M. le commissaire du Gouvernement s'exprimait en ces termes : « Le ministre n'est jamais obligé de nommer l'un des candidats proposés ».

En conclusion le chef de service est toujours libre de ne pas procéder aux nominations des candidats présentés par le jury. Tout d'abord s'il estime que les opérations ont été irrégulières et ensuite s'il juge qu'il n'y a pas de

vacances à combler. C'est ce qui résulte de l'arrêt Bonet (30 novembre 1923, p. 793). Il s'agissait en l'espèce de l'application d'une disposition réglementaire (article 12) du décret du 1^{er} février 1909 modifié par le décret du 19 avril 1915, aux termes de laquelle : « Les nominations aux emplois et promotions de classe sont effectuées à mesure que les vacances se produisent ».

Le Conseil d'Etat a considéré que cette disposition n'a pas pour effet de faire échec au droit du ministre, tenant compte des nécessités du service de pourvoir plus ou moins vite aux vacances. L'administration, d'après cet arrêt, peut s'abstenir de combler les vacances, et le candidat n'est pas fondé à se plaindre : il a simplement vocation à un emploi et l'administration est libre de le nommer quand il lui plaît ou même de ne pas le nommer si le service public est transformé (Bouscaren, 2 mars 1919, p. 244).

C. Obligation de suivre l'ordre de classement. — Exceptions à ce principe.

Si le chef de service procède aux nominations il doit les faire, à peine de nullité, d'après l'ordre de présentation du jury de concours et épuiser la liste.

Le caractère essentiel du concours réside dans ce trait, si, en effet, le chef de service pouvait procéder aux nominations dans n'importe quel ordre il ne s'agirait plus d'un concours, mais d'un simple examen (21 février 1921, Labouyonnerie).

C'est une conséquence du principe essentiel que nous avons dégagé : le pouvoir discrétionnaire du jury pour l'appréciation des titres des candidats, et l'impossibilité pour une autorité de se substituer à lui une fois la liste approuvée définitivement.

Une question cependant se pose : Si la plupart des règlements de concours prescrivent expressément que « la liste des candidats reçus au concours est dressée par ordre de mérite et soumise au ministre qui pourvoit aux vacances suivant l'ordre de classement », certains ne contiennent pas cette disposition.

Dans le premier cas l'obligation de suivre l'ordre de classement est très claire et l'administration ne peut y déroger.

Que décider dans le second cas ?

Pour M. le Professeur Jèze, le seul fait qu'il y ait un concours suffit à donner un droit de préférence suivant l'ordre de classement. Si, en effet, à moins de disposition expresse l'ordre de classement pouvait ne pas être respecté, la procédure apparaîtrait comme une vaine formalité.

La jurisprudence du Conseil d'Etat n'admet cependant pas entièrement cette opinion. M. le commissaire du Gouvernement dans l'affaire Grego, s'exprimait en effet en ces termes : « Lorsqu'une autorité spécifie que les nominations devront avoir lieu dans l'ordre de classement, elle est liée ». Il est essentiel de consulter le texte pour déterminer dans quelle mesure elle est obligée d'agir ainsi (Chalmette 11 décembre 1908).

Si la règle est expresse, et dans ce cas seulement, l'administration commettrait un excès de pouvoir en ne respectant pas l'ordre de classement pour les nominations consécutives au concours.

Ainsi dans un arrêt du 21 juin 1908 (Union générale de l'enregistrement, p. 632) le Conseil a reconnu que les candidats reçus au concours avaient le droit d'être nommés à leur tour suivant l'ordre de classement. De même

dans les arrêts Gastel du 4 août 1922, p. 712 et Grellet (1^{er} décembre 1922, p. 899).

L'ordre de classement constitue donc un véritable droit.

Ce principe souffre cependant certaines exceptions. Celles-ci sont uniquement dictées au juge par les nécessités du bon fonctionnement du service public.

Ces exceptions sont au nombre de trois : tout d'abord il peut y avoir une transformation du service public, qui réduise le nombre des fonctionnaires et empêche l'administration de procéder aux nominations.

En second lieu, les candidats peuvent ne pas remplir les conditions réglementaires pour être reçus.

Enfin, le candidat reçu et qui, suivant l'ordre de classement devrait être nommé, peut légalement ne pas l'être si une cause susceptible de le faire exclure du service public vient à être révélée au moment de la nomination.

A. Une modification à l'organisation des services exonère l'administration de l'obligation de nommer les candidats qui auraient eu droit normalement de l'être. Ce principe a déjà été étudié ; il suffit de le rappeler ici. Le chef de service dans ce cas précis n'est donc pas tenu d'épuiser la liste des candidats admis (Bouscaren 2 mars 1919, p. 244).

B. Il en est de même lorsque le candidat ne remplissait pas les conditions réglementaires pour être nommé.

Le Conseil d'Etat en a décidé ainsi dans un arrêt du 16 février 1912, Lemaître, p. 234. Les juges ont décidé dans cette affaire que le ministre n'avait pas excédé ses pouvoirs en refusant de nommer aspirant pilote lamineur, un particulier ayant satisfait au concours, par le motif que ce candidat ne remplissait pas les conditions de navigation requises pour prendre part au concours.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé dans le même sens lors de l'arrêt Corsetti et Longinetti (7 décembre 1927, p. 1168) et Camou (24 décembre 1920, p. 1111).

Il en serait de même pour un candidat dont la nationalité étrangère, ou sa situation au regard de la loi pénale, serait incompatibles avec la nomination à des fonctions publiques.

Ces solutions ne soulèvent aucune difficulté. Il est certain que même la présentation d'un jury d'examen ne suffit pas à rendre un candidat apte aux fonctions mises au concours. Il doit remplir toutes les conditions légales et réglementaires ; le juge n'a qu'à appliquer les textes, suivant les circonstances de chaque espèce.

C. Le candidat reçu peut n'être pas nommé si une cause susceptible de le faire exclure du service vient à être révélée au moment de la nomination.

La question s'est présentée devant le Conseil d'Etat lors de l'affaire Grego (16 mai 1930, p. 52).

Le sieur Grego avait été reçu au concours, mais postérieurement à ce concours l'administration avait découvert que ce candidat avait commis divers actes entachant gravement sa moralité, et susceptibles de le faire exclure des fonctions publiques.

Se fondant sur ces faits, le ministre se refusa à nommer le sieur Grego. Celui-ci présenta un recours devant le Conseil d'Etat. Cette question était nouvelle et importante.

En effet, lorsque le texte constitutif d'un statut de fonctionnaire prévoit le recrutement par la voie du concours, et dispose que les candidats reçus seront nommés dans l'ordre de classement, l'autorité qui nomme a-t-elle le pouvoir d'écarter pour des raisons de moralité un des postulants admis ? Les candidats suivants, s'ils

sont només, seront-ils régulièrement incorporés dans les cadres ?

Suivant les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement, deux écueils étaient à éviter : la réponse pouvait d'une part marquer une régression et signifier un recul sur une jurisprudence qui avait fortifié la légalité de l'admission au service public et, d'autre part, faciliter à l'administration l'application tendancieuse des règles statutaires.

Un arrêt Garnier du 30 avril 1926 fournissait déjà un précédent. Le Conseil d'Etat avait décidé dans cette affaire que nonobstant l'inscription d'un candidat sur la liste des emplois réservés celui-ci pouvait être écarté, pour faits graves, entachant sa moralité.

C'est ainsi que M. le commissaire du Gouvernement estima que la solution résidait dans l'organisation du contrôle juridictionnel. Par le recours pour excès de pouvoir ou par un recours contentieux, le candidat pourra établir le détournement de pouvoir (arrêts Camino 14 janvier 1916, et Trépont 20 janvier 1922).

Le requérant aura la faculté de démontrer que les faits sont matériellement inexacts, ou qu'il y a eu une irrégularité ou une fausse interprétation de la loi. Ainsi le Conseil d'Etat pourra contrôler les exclusions prononcées par le chef de service, sans s'immiscer dans l'administration, puisque l'appréciation de l'opportunité administrative ne lui appartient pas.

En l'espèce, aucun détournement de pouvoir n'était allégué, les faits n'étaient pas contestés.

Le Conseil d'Etat suivit son commissaire du Gouvernement et confirma la décision ministérielle :

« Considérant que l'article 13 de l'arrêté susmentionné du 14 octobre 1924, en conférant au chef de service des

contributions le droit d'arrêter la liste des candidats admis à concourir, l'autorité d'éliminer de ladite liste des postulants pour des raisons de moralité ; qu'une disposition réglementaire de cette sorte implique le droit pour l'autorité administrative, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de refuser de procéder à la nomination d'un candidat reçu au concours lorsque lui sont révélés, après l'établissement de la liste et des épreuves dudit concours, des faits entachant gravement la moralité de ce candidat, et qui sont par leur nature de ceux qui justifient l'exclusion d'un agent du cadre d'une administration.

« Considérant qu'il résulte des pièces versées au dossier que le refus du Gouverneur de la Guadeloupe de nommer le sieur Grego surnuméraire des contributions a été motivé par les actes dont s'était rendu coupable le requérant au mois de novembre 1925 ; qu'il est constant que le chef de service des contributions ignorait, lorsqu'il a arrêté la liste des candidats, les faits commis par le sieur Grego ; que les actes dont s'agit, dont le requérant ne conteste pas la matérialité eussent justifié si le sieur Grego avait été nommé surnuméraire, son exclusion aussitôt son entrée dans le service des contributions ; que dans ces circonstances le requérant ne saurait se prévaloir de ses succès au concours du 15 février 1926, pour soutenir qu'il aurait du être pourvu d'un emploi ; que dès lors, il n'est pas fondé à demander l'annulation des nominations par lui attaquées ».

Cette décision concilie harmonieusement les garanties accordées au candidat et les nécessités du service public. Les juges ont insisté sur la gravité des faits reprochés au requérant, et qui étaient de nature à le faire exclure du service des contributions. Il semble donc qu'ils ont

voulu ainsi limiter la portée de l'arrêt et ne pas permettre à l'administration de généraliser ce droit qu'ils lui ont reconnu une fois.

Sauf les exceptions qui viennent d'être examinées l'ordre de classement doit être rigoureusement suivi.

Il importe de préciser qu'il ne constitue un droit que parmi les concurrents. Certaines fonctions ont en effet un recrutement mixte : les fonctionnaires sont recrutés soit par voie de nomination directe, soit par voie de concours, et ceci d'après une proportion fixée.

Dans ce cas il appartient tout d'abord à l'autorité compétente de respecter les proportions fixées (Renom de la Baume, 17 mars 1933).

Mais du moment que les nominations sont faites dans les catégories exigées, les candidats provenant du concours n'ont aucun droit à être nommés avant ceux qui font l'objet d'une nomination directe.

Ainsi par une décision du 5 juillet 1912, p. 975 (Association professionnelle du personnel civil de l'administration centrale de la marine) le Conseil d'Etat a décidé qu'un agent n'ayant pas pris part au concours peut être nommé avant épuisement de la liste des concurrents admissibles, même dans le cas où une disposition réglementaire prévoit que les candidats admissibles sont appelés à combler les vacances dans l'ordre de leur classement, cette disposition ne servant qu'à fixer le rang des agents entre eux.

Le Conseil d'Etat a également donné une interprétation de ce principe dans l'arrêt Marty (14 octobre 1932, p. 834). Un arrêté du Gouverneur de la Martinique du 12 septembre 1929 disposait que les contrôleurs des contributions indirectes sont recrutés par moitié au

concours et par moitié au choix. Les juges ont décidé que c'était par une exacte application de ce texte que le Gouverneur ayant à pourvoir à quatre vacances a attribué la première place au candidat classé n° 1 au concours, la deuxième à un agent désigné au choix et n'a attribué que la troisième au candidat classé n° 2 au concours.

Le Conseil d'Etat veille d'une part à ce que toutes garanties soient accordées aux candidats présentés sur une liste de concours, mais elle s'inspire également des nécessités du service public.

Si l'administration est obligée de suivre l'ordre de classement et d'épuiser la liste des candidats reçus, elle commettrait par contre un excès de pouvoir si elle nommait, après épuisement de la liste des reçus, les candidats qui viennent à la suite.

Ainsi, lorsque tous les postes vacants ont été pourvus d'un titulaire, à la suite d'un concours, les candidats classés après ceux qui ont été nommés ne peuvent être affectés aux postes devenant vacants ultérieurement. Un nouveau concours est nécessaire. C'est ce qui résulte de l'arrêt Queinnec (14 novembre 1919, p. 821).

Cet arrêt assure le bon recrutement de l'administration. En effet, les candidats classés après ceux qui ont été reçus peuvent posséder une valeur professionnelle inférieure à celle qu'auraient des candidats nouveaux. C'est l'application du principe que le recrutement de l'administration doit être aussi large que possible.

Et comme ce principe est dicté par les nécessités du bon fonctionnement des services publics, le Conseil d'Etat a décidé, dans l'arrêt Mérignac (3 décembre 1924, p. 699) qu'il s'appliquait malgré les déclarations verbales faites

par un membre du jury au moment du concours. Celui-ci avait agi en dehors de sa fonction. Seul le règlement imposé par l'autorité compétente doit être respecté.

Tels sont les effets de l'inscription sur la liste des candidats reçus. Mais quelles sont les sanctions en cas de méconnaissance de ces règles ?

Section III

Sanctions des irrégularités

Trois principes en cette matière peuvent être dégagés de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Tout d'abord, lorsque le juge reconnaît le bien fondé d'un recours en matière de nomination il annule l'acte attaqué.

Mais il ne peut procéder lui-même aux nominations ni à la rectification de la liste telle qu'elle a été établie par le jury.

Enfin lorsque un droit a été violé, la responsabilité pécuniaire de l'administration peut être engagée.

A. Annulation.

Le juge annule tout d'abord la décision attaquée suivant les principes que nous avons étudiés, soit que la nomination soit intervenue irrégulièrement soit au contraire qu'il s'agisse d'un refus injustifié.

B. Le juge ne peut qu'annuler sans modifier les résultats.

En effet le classement par le jury d'abord et les nominations ensuite, constituent essentiellement des actes discrétionnaires et conformément à sa jurisprudence

constante, le juge administratif ne se reconnaît pas le pouvoir d'intervenir dans l'administration active.

Cette solution n'entraîne aucune difficulté pour les irrégularités ayant vicié les opérations du concours. Le Conseil ne peut évidemment se substituer au jury, et la seule sanction de ces irrégularités est l'annulation pure et simple de tous les actes intervenus.

Il en est de même pour les nominations irrégulières. Le Conseil les annule purement et simplement, sans nommer aucun autre candidat. Car le pouvoir de nomination appartient essentiellement à l'administration active, et il n'appartient pas au juge de s'immiscer dans son fonctionnement.

La jurisprudence du Conseil est constante en ce sens Perrens (28 décembre 1917, p. 879). Un concurrent évincé qui obtient l'annulation de la nomination qui lui fait grief ne peut demander au Conseil d'Etat de prononcer sa nomination. De même l'arrêt Sessac (3 novembre 1922, p. 789) « précise qu'il n'appartient à aucune juridiction de faire des nominations ».

C. Responsabilité.

L'annulation de la décision administrative n'entraîne pas par elle-même la mise en jeu automatique de la responsabilité de la collectivité publique.

Il n'existe en effet aucun lien entre les deux concepts d'illégalité et de responsabilité. L'illégalité n'est susceptible d'entraîner la responsabilité pécuniaire que lorsqu'elle est particulièrement grave. Ce sont les cas par exemple d'exécution d'office, ou la violation de l'autorité de la chose jugée. L'illégalité est donc une condition de la responsabilité, mais elle n'est que cela, et doit être

particulièrement grave pour donner droit à des dommages-intérêts.

En matière de concours, le champ de cette responsabilité administrative sera forcément assez peu étendu, puisque les actes purement discrétionnaires tiennent une large place dans cette procédure.

Pour que le droit à indemnité soit ouvert, il faut, conformément aux principes généraux du droit (cf. notamment arrêt Maggi 1926) que le requérant prouve qu'il a subi un préjudice certain.

Ainsi le requérant doit prouver tout d'abord qu'il s'agit d'une irrégularité grave et, en second lieu, qu'un véritable droit a été violé.

C'est ainsi qu'une question délicate se pose à propos de l'admission à concourir ; celle-ci constitue au premier chef un acte discrétionnaire.

Il semble résulter de certains arrêts rendus par le Conseil d'Etat que dans quelques hypothèses le refus d'admission à concourir peut engager la responsabilité de l'administration. Mais il faut qu'il s'agisse de cas particulièrement graves dans lesquels le requérant peut prouver que le chef de service a eu en vue non l'intérêt du service, mais un objet autre et qui constituerait un détournement de pouvoir.

Ainsi, dans l'arrêt Reynier (22 décembre 1905, p. 983) le Conseil a décidé qu'un fonctionnaire qui n'avait pas qualité pour prendre part à un concours donnant accès au grade supérieur, ne peut réclamer une indemnité pour n'avoir pas été admis à concourir.

De plus, il résulte de l'arrêt Camouls (23 juin 1933, p. 685) que l'exclusion de la liste des admis à concourir

ne peut ouvrir de droit à indemnité si aucun détournement de pouvoir n'est prouvé.

Ainsi il résulte implicitement de ces deux arrêts qu'au cas où un candidat a droit à se présenter, et si le refus qui lui est opposé par l'administration présente un caractère vexatoire, la responsabilité de l'administration peut être engagée.

Mais un candidat ne peut se fonder sur des irrégularités commises au cours des épreuves pour réclamer une indemnité. En effet, dans ces hypothèses, le Conseil ordonne un nouveau concours, et le juge ne peut apprécier si le requérant avait véritablement droit à être classé au rang qu'il réclame ; lui allouer une indemnité ce serait pour le juge se substituer indirectement au jury de concours.

Ainsi en a-t-il été décidé dans l'arrêt Grellet (1922, p. 900). Il résulte de cet arrêt que le candidat évincé par une irrégularité ne peut réclamer une indemnité de ce chef ; car d'une part l'erreur de droit qui entraîne l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir n'a pas pour conséquence nécessaire d'engager la responsabilité pécuniaire de la personne publique au nom de laquelle elle a été faite, et aussi car le candidat n'avait pas un véritable droit à être nommé.

La question est différente en ce qui concerne l'ordre de classement. Il est de principe en effet, que, lorsque le chef de service a accepté la liste des admis dressée par le jury, il doit procéder aux nominations suivant l'ordre de classement et qu'il doit épuiser la liste. Un nouveau concours ne peut avoir lieu avant que tous les candidats reçus aient été nommés. Il s'agit ici d'un véritable droit.

Ce droit n'existe cependant que si l'organisation du service n'a pas été modifiée. C'est ainsi que, dans l'arrêt Bouscaren (7 mars 1919) le Conseil a refusé le droit à indemnité parce que le service avait subi des modifications et que pour cette raison le candidat ne pouvait être nommé. Il est vrai qu'il s'agissait en l'espèce de l'application d'une mesure législative. En principe, sauf cas spécialement prévus, celles-ci ne peuvent donner droit à indemnité.

La solution aurait-elle été différente si la modification au service avait été apportée par la voie réglementaire ? Il semble qu'à moins de détournement de pouvoir, c'est-à-dire d'un acte fait par l'administration pour échapper aux obligations du concours, la solution doit être identique.

Sauf ces cas exceptionnels, l'ordre de classement et l'épuisement de la liste des candidats constitue un véritable droit que l'administration ne peut méconnaître sans engager sa responsabilité.

C'est ce qui résulte des conclusions de M. le commissaire du Gouvernement dans l'arrêt Grego : « l'ordre de classement constitue en faveur des concurrents un véritable droit dont la méconnaissance serait de nature à engager la responsabilité du service public ».

Le Conseil d'Etat n'a pas encore statué sur ce point, mais on peut conclure, en se fondant sur sa jurisprudence qui tend à fortifier la légalité de l'admission aux services publics qu'une atteinte injustifiée à l'ordre de classement des candidats engagerait la responsabilité de l'administration.

Section IV

Effets de la nomination après concours

Les concours étant la condition indispensable pour qu'une nomination puisse intervenir ultérieurement, et n'étant que cela, la nomination après concours ne confère aucun droit spécial aux agents. Leur situation reste légale et réglementaire.

Le Conseil d'Etat applique strictement ce principe, en ce qui concerne la nomination des agents, les règles qui les régissent pendant qu'ils se trouvent au service public, et, au moment de la cessation de leurs fonctions.

§ 1. *Entrée au service.*

Pour les règles de nomination, celles-ci ne subissent aucune dérogation ; les textes réglementaires doivent être seuls appliqués.

C'est ainsi que par un arrêt Brugnot (6 décembre 1907) le Conseil a décidé qu'un candidat provenant du concours ne pouvait sans excès de pouvoir être nommé titulaire de son emploi avant un an de stage. C'est l'application pure et simple du statut de la fonction.

De même, lorsque la nomination intervient, les candidats reçus après concours n'ont pas de droits plus forts que les autres postulants ; les postes sont attribués selon les besoins du service. Il est certain que les premiers sur la liste peuvent avoir un choix plus étendu, le cas échéant ; mais le chef de service attribue les postes comme il lui plaît.

C'est ce qui résulte d'un arrêt du 21 juin 1918 (Union générale, p. 632). D'après lequel si chacun des candidats peut manifester sa volonté de n'accepter sa nomination que pour tel poste, ceci ne lie pas le chef de service, qui est libre de ne pas faire la nomination au poste désiré.

De même, par l'arrêt Arrondeau (21 novembre 1923) le Conseil a décidé qu'un commis de l'administration départementale nommé rédacteur après concours, n'était pas fondé à soutenir qu'il aurait dû être nommé non à la dernière classe de l'emploi, mais à une classe telle que son traitement nouveau fût au moins égal à celui auquel il avait droit en qualité de commis. En effet, une telle disposition avait été édictée pour les commis du Gouvernement général nommés rédacteurs après concours, non pour les commis de l'administration départementale.

Les effets de la nomination restent donc strictement régis par les conditions légales et réglementaires applicables à tous les agents.

§ 2. *Au cours de la carrière.*

Il en est exactement de même au cours de la carrière. Les agents recrutés par la loi du concours n'ont pas de droits plus forts que les autres. Le statut de la fonction reste modifiable à tout instant. Aucun droit acquis ne peut être invoqué.

C'est ce que le Conseil a jugé par deux arrêts Legoff (7 août 1880, p. 754) et Burgeat (8 août 1899, p. 593).

L'arrêt Legoff est ainsi motivé :

« Considérant que le maire de la ville de Dôle en nommant le sieur Legoff aux fonctions d'architecte voyer de

la commune a fait un acte de son administration ; que si cette nomination a eu lieu à la suite d'un concours à l'occasion duquel les conditions de traitement fixe et proportionnel proposées par la ville auraient été énoncées, il ne résulte pas de ces circonstances que l'acte de nomination ait perdu son caractère administratif, et doive être considéré comme un louage de service appartenant au droit commun ».

C'est ce qui résulte d'un arrêt du 29 mai 1909 (Association amicale des médecins d'asiles publics d'aliénés, p. 876, *R.D.P.*, 1910, p. 87). Les modifications aux règles de carrières légalement faites, s'imposent également aux candidats nommés après concours.

De plus, la nomination intervenue n'ouvre au fonctionnaire aucun droit spécial : il est complètement assimilé aux autres agents.

§ 3. *En fin de carrière.*

En fin de carrière, le fonctionnaire nommé après concours n'a encore aucun droit spécial. C'est ce qui résulte des arrêts Villenave (11 décembre 1903, p. 767) et Burgeat (8 août 1899, p. 593). Ce dernier arrêt est ainsi motivé : « Considérant que Burgeat n'est pas fondé à se prévaloir de ce que sa nomination a eu lieu à la suite d'un concours pour soutenir qu'elle avait un caractère contractuel et qu'il avait le droit de conserver ses fonctions pendant un temps déterminé ».

Ainsi la nomination après concours doit bien être assimilée à une autre nomination, le succès aux épreuves ne fait que conditionner la nomination à intervenir sans entraîner aucune autre conséquence juridique.

CONCLUSION

Les pouvoirs de l'autorité investie du droit de nommer sont de plus en plus limités. Le favoritisme doit être étranger au recrutement des administrations publiques. C'est ainsi que le concours est appelé à prendre une place toujours plus grande parmi les modes de désignation des agents publics. Cette extension est éminemment souhaitable car les concours constituent le mode de recrutement le plus perfectionné. Ils limitent en effet le choix de l'autorité, chargée de la nomination, entre les candidats qui présentent les plus grandes garanties d'aptitude professionnelle, sans cependant la lier par des règles trop minutieuses. L'administration active conserve l'autonomie qui lui est nécessaire.

La perfection à laquelle est arrivé ce procédé est due, en grande partie, au rôle éminemment utile du Conseil d'Etat. Cette haute juridiction a su concilier harmonieusement les tendances générales qui entendaient bannir le favoritisme, et les nécessités d'une bonne administration dont les pouvoirs ne doivent pas être trop limités.

C'est ainsi que d'un côté il a, au cours d'une longue évolution jurisprudentielle, constamment fortifié la légalité de l'admission des agents au service public en assurant leur plein effet aux textes légaux et réglementaires.

De l'autre, il a laissé à l'administration les pouvoirs

discrétionnaires qui lui sont nécessaires sans cependant affaiblir le principe des concours.

Ce but a pu être atteint grâce à la souplesse de notre droit administratif qui, non codifié, laisse au juge des pouvoirs très étendus. En dehors d'un texte précis, le juge s'inspire avant tout de l'intérêt collectif. Ses pouvoirs trouvent en effet leur base dans les nécessités du bon fonctionnement des services publics. C'est dans ces conditions que le Conseil a admis progressivement que l'administration ne pouvait légalement agir que si elle poursuivait un but d'intérêt général. Il en résulte que si l'administration continue à posséder un certain pouvoir discrétionnaire, son objet est strictement limité.

Les règlements ont été faits dans l'intérêt des services publics ; il est juste que les juges qui doivent les appliquer s'inspirent de la même idée.

Dominé par cette notion d'intérêt général qui se combine utilement avec les prescriptions des textes réglementaires, le Conseil d'Etat, en matière de concours, assure aux candidats les plus grandes garanties d'impartialité, et à l'administration les meilleurs fonctionnaires.

Vu : pour le Doyen, l'assesseur,
G. RIPERT.

Vu : le Président de thèse,
Achille MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

Jèze. — *Principes de droit public.*

— *Le Statut des Fonctionnaires.*

Alibert. — *Le contrôle juridictionnel de l'Administration.*

Sibert. — *Le concours, mode de recrutement des fonctionnaires.*

Hauriou. — *Traité de droit administratif.*

Revue de droit public.

Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES ARRÊTS CITÉS PAR LE NOM DES PARTIES

Albertini	156	Camino	113
Alcindor	65	Camou	97
Aldeguer	124	Camouls	173
Allard Bovy	148	Cauliet-Caubet	87
Amieu	106	Chaigneau	161
Antoine	26	Chalmette	55
Apietto	61	Chompret	62
Arrondeau	177	Chatel	50
Argent des Deux Fontaines..	35	Chauveau	43
Association amicale des méde cins des Asiles publics d'aliénés	60	Chavard	106
Association amicale du person- nel de l'Administration Cen- trale du Ministère du Com- merce	74	Chaveral	145
Association professionnelle du personnel civil de l'Adminis- tration Centrale de la Marine	169	Colnot	174
Avignier	60	Corsetti	166
Avy	47	Cot	105
Bénéjam	103	Cotignac	59
Bérillon	84	Courtron	51
Bérier	107	Cousin	81
Bessonnet	40	Cuisset	97
Blum	143	Dampierre	30
Bonet	163	Dauvet-Thiénot	96
Bourgain	145	David	50
Bouscaren	165	Defrance	51
Bouteyre	108	Delaunay	130
Bouvet	37	Derrien	43
Brault	31	Desplax et Fauroux	83
Broca	121	Dorlencourt	50
Brugnot	176	Douriez	61
Budon	114	Drancy	58
Burgeat	177	Duquesnoy	70
Callet	75	Evrard et dame Gerardey ..	146
		Fargues	55
		Fedel	43
		Feneck	75
		Filippi	30
		Froment	11

Gardre	78	Piquart	146
Garnier	102	Picquand	155
Gastel	68	Pierrard	115
Genevay	133	Ponsommaillé	114
Ginestoux	131	Pourciel	123
Grego	166	Pruvost	81
Grellet	67		
Gros	131	Quiennec	68
		Quinart	39
Hastens	87		
Hugues	90	Rageot	55
		Reynier	173
Joubert de la Mothe	62	Rodière	103
Labouyonnerie	163	Rouget	27
Lapeyre et Mattéi	101		
Legoff	177	Salles	145
Legros	88	Sans	154
Leloutre	89	Sarvonat	128
Lemaître	165	Ser	76
Le Samedi	47	Sessac	172
Lespinasse	29	Société amicale enseignement	
Lestang	74	primaire laïque de Mada-	
Logerot	117	gascar et dépendances ..	123
		Sommier	38
Maggi	173	Strat	99
Magitot	122	Syndicat des Chirurgiens	
Marty	169	dentistes de France	82
Mathieu	149		
Mérignac	170	Thirion	44
Montbreal	147	Trubert	27
Monvoisin	129		
Muller	54	Union des associations profes-	
Musard	51	sionnelles civiles des admi-	
		nistrations centrales.....	86
Naudascher	103	Union générale de l'Enregis-	
Nivière	73	trement	177
Nguyen-Hung-Nhung	19	Vatilingam	74
		Vaulot	124
Ollive	72	Verdoge	107
Orticoni	142	Vermeersch	56
		Verret	26
Pacqué	135	Villénave	178
Payna	61	Ville de Saint-Etienne	113
Pélessier	56		
Pentier	42	Varnier	55
Perrens	41		

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — LE SERVICE PUBLIC	1
§ 1. Le développement des services	1
A. Facteur politique	1
B. Facteur économique	2
C. Facteur technique	3
§ 2. Le rôle de l'administration	4
§ 3. Le problème de son recrutement	5
CHAPITRE PREMIER. — LE CONCOURS	9
§ 1. Sa place dans les modes de recrutement des fonctionnaires	9
§ 2. Valeur du concours	13
A. Organisation des épreuves	14
a. Programme	14
b. Jury	16
B. Au point de vue juridique. Garanties individuelles. Généralités sur la jurisprudence du Conseil d'Etat...	17
CHAPITRE II. — RECEVABILITÉ DES RECOURS	23
Section I. — Actes qui peuvent être critiqués	23
§ 1. Le règlement du concours	26
§ 2. Actes qui arrêtent la liste des concurrents	27
§ 3. Les opérations du concours et les résultats	29
§ 4. Nominations en fin de concours ou refus de nomination	33
Section II. — Qualité pour agir	34
§ 1. Actes qui arrêtent la liste des concurrents	34
§ 2. Les opérations du concours	35
a. Refus d'annulation opposé par l'Administration ..	35
b. Annulation par l'Administration	39
§ 3. Nominations en fin de concours. Intervention	41
Section III. — Délai dans lequel les actes doivent être attaqués. Principe de l'indivisibilité des opérations du concours	46

CHAPITRE III. — L'OBLIGATION DU CONCOURS	53
Section I. — Qui peut établir l'obligation du concours	53
Section II. — Conditions dans lesquelles l'administration peut instituer un concours ou en opérer le retrait.	58
Section III. — Valeur juridique de l'obligation du concours. Sanctions de sa méconnaissance	62
§ 1. Cas où l'obligation est sanctionnée	64
§ 2. Cas où elle ne l'est pas (Dispense)	70
CHAPITRE IV. — CONDITIONS DU CONCOURS. LE RÈGLEMENT DU CONCOURS	77
§ 1. Conditions de forme	77
A. Procédure régulière	77
B. Date de la publication	79
§ 2. Conditions de fond	81
CHAPITRE V. — L'ADMISSION A CONCOURIR	85
Section I. — Les candidatures. Conditions de forme	86
Section II. — Pouvoirs de l'Administration. Contrôle du juge	91
§ 1. Théorie générale du contrôle des actes discrétionnaires	93
§ 2. Erreur de droit	95
A. Violation de la loi	95
B. Détournement de pouvoir	108
§ 3. Erreur de fait. L'appréciation des faits par le juge de l'excès de pouvoir. Application aux concours	112
Section III. — Effets juridiques des décisions de l'administration en matière d'admission à concourir	116
CHAPITRE VI. — LES OPÉRATIONS DU CONCOURS	119
Section I. — Le jury. Composition du jury.	119
Section II. — Son rôle au cours des épreuves	125
A. Nature des épreuves	128
B. Nombre des épreuves	129
C. Durée	130
D. Conditions d'exécution : surveillance anonymat ...	130
Section III. — La liste des admis	140
§ 1. Nombre des admis	143
§ 2. Contrôle du juge	144
A. Eléments de la décision	144
B. Forme de la décision	147

CHAPITRE VII. — EFFETS DE LA PRÉSENTATION SUR LA LISTE DES ADMIS	153
Section I. — Pouvoir de contrôle qui appartient à l'Administration	154
Section II. — Effets de l'inscription sur la liste des admis définitivement approuvée	158
A. Concours de nomination	158
B. Concours de présentation	160
1. L'Administration est toujours libre de ne pas procéder aux nominations	162
2. Si elle y procède elle doit servir l'ordre de classement et épuiser la liste. Exceptions à ce principe	163
Section III. — Sanction des irrégularités	171
A. Annulation	171
B. Le juge ne peut modifier les résultats	171
C. Responsabilité de l'Administration en matière de concours	172
Section IV. — Effets de la nomination après le concours ..	176
§ 1. Entrée au service	176
§ 2. Pendant la carrière	177
§ 3. Fin de service	178
CONCLUSION	179
TABLE DES ARRÊTS CITÉS	183

Imp. F. BOISSEAU, 34, rue du Taur — Toulouse





